

ERHVERVSANKENÆVNET

ÅRSBERETNING

2006

INDLEDNING

Hermed aflægger Erhvervsankenævnet beretning for nævnets virksomhed i året 2006.

Beretningen indeholder i kapitel 1 formandskabets redegørelse for nævnets almindelige forhold. En fortegnelse over Erhvervsankenævnets medlemmer og sekretariat findes i kapitel 2. På grundlag af loven og bekendtgørelsen om Erhvervsankenævnet og den praksis, der har udviklet sig siden etableringen af nævnet den 1. januar 1988, indeholder kapitel 3 en beskrivelse af de særlige organisatoriske forhold, der gælder for dette nævn, og af grænserne for nævnets kompetence. De kendelser, der er afsagt af de enkelte nævn, refereres i kapitel 4. Statistiske oplysninger om nævnets virksomhed findes i kapitel 5.

Som bilag til beretningen er optaget loven, lovforslaget med bemærkninger og bekendtgørelsen om Erhvervsankenævnet samt en fortegnelse over de love, som er omfattet af ankenævnets kompetence.

1. FORMANDSKABETS BERETNING	5
2. ERHVERVSANKENÆVNETS SAMMENSÆTNING	6
3. SAGSBEHANDLINGEN I ERHVERVSANKENÆVNET	8
3.1. Ankenævnets organisation	8
3.2. Ankenævnets kompetence.....	9
3.3. Indgivelse af klager.....	10
3.4. Sagens forberedelse.....	11
3.5. Sagens afgørelse.....	12
4. ERHVERVSANKENÆVNETS PRAKSIS	14
4.1. Lov om finansiel virksomhed	
1) Kendelse af 26. maj 2006 (J.nr. 2005-0002473) Projekts navn i strid med lov om finansiel virksomhed.....	14
2) Kendelse af 8. september 2006 (J.nr. 2005-0003141) Sammensætning af bestyrelse i investeringsforvaltningsselskab ikke i overensstemmelse med § 98 i lov om finansiel virksomhed	24
3) Kendelse af 26. oktober 2006 (J.nr. 2005-0002561) Livsforsikringsselskab påbudt at bringe de af selskaberne ændrede regler for beregning af bonustillægforsikringer i overensstemmelse med rimelighedsprincippet i lov om finansiel virksomhed § 21.....	44
4.2. Lov om forsikringsvirksomhed	
4) Kendelse af 10. marts 2006 (J.nr. 02-229.200) Forsikringsselskaber ikke berettiget til at korrigere egenkapitalen for den del af driftsunderskuddet, der er blevet dækket af midler fra sikkerhedsfonden.....	81
4.3. Lov om investeringsforeninger og specialforeninger	
5) Kendelse af 25. april 2006 (J.nr. 2005-0002781) Negative saldi på enkelte bankkonti udgjorde en overtrædelse af låneforbudet i § 43, stk. 1, i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsforeninger m.v.....	115
6) Kendelse af 14. september 2006 (J.nr. 2005-0004171) Markedsføringsaftale med pengeinstitut væsentlig for investeringsforeningerne, hvorfor pengeinstituttets bestyrelsesformand ikke kan være medlem af investeringsforeningens bestyrelser	126

4.4. Lov om værdipapirhandel mv.

7) Kendelse af 18. maj 2006 (J.nr. 2006-0004893)
Anmodning om aktindsigt ikke imødekommet..... 141

8) Kendelse af 22. juni 2006 (J.nr. 2005-0002562)
Partsstatus tillagt i sag vedrørende eventuel tilbudspligt..... 145

9) Kendelse af 24. august 2006 (J.nr. 2005-0002576)
Autoriseret markedsplads alene berettiget til over for medlemmer at opkræve kurtage i forbindelse med handel med aktier i selskaber optaget til handel på markedspladsen..... 164

4.5. Lov om realkreditlån og realkreditobligationer

10) Kendelse af 19. juni 2006 (J.nr. 04-259.072)
Påbud om berigtigelse af realkreditlån ophævet..... 183

11) Kendelse af 22. juni 2006 (J.nr. 2005-0002559)
Påbud om berigtigelse af realkreditlån ophævet..... 213

4.6. Lov om forsikringsformidling

12) Kendelse af 11. december 2006 (J.nr. 2006-0008031)
Klage afvist, da Finanstilsynets skrivelse om tilsynets retsopfattelse ikke kunne anses som en afgørelse..... 229

4.7. Lov om aktieselskaber og lov om anpartsselskaber

13) Kendelse af 26. maj 2006 (J.nr. 2005-0002569)
Ikke grundlag for at slette en i Webreg foretagens registrering af ændringer i selskabets ledelse 232

14) Kendelse af 27. september 2006 (J.nr. 2005-0002979)
Sletning af registreringer i styrelsens IT-system af, at vedkommende tidligere skulle have været bestyrelsesmedlem i en række selskaber nægtet..... 242

15) Kendelse af 6. oktober 2006 (J.nr. 2005-0002998)
Registrering af persons fratreden som direktør i selskab med virkning år tilbage nægtet..... 248

16) Kendelse af 20. november 2006 (J.nr. 2006-0005788)
Fastslået, at filial af amerikansk selskab kunne registreres uden tilføjelsen ”i betalingsstandsning”, men med tilføjelsen ”under rekonstruktion i medfør af Chapter 11 i den amerikanske konkurslovgivning”..... 254

4.8. Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder

17) Kendelse af 30. juni 2006 (J.nr. 2005-0002466)
Forening ikke registreringspligtig..... 264

4.9. Lov om erhvervsdrivende fonde

18) Kendelse af 31. oktober 2006 (J.nr. 2006-0005255)
Sletning i fond i registeret for erhvervsdrivende fonde på grund af manglende erhvervsmæssig aktivitet..... 279

4.10. Årsregnskabsloven

19) Kendelse af 7. april 2006 (J.nr. 2005-0002621) Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	284
20) Kendelse af 9. maj 2006 (J.nr. 2005-0003400) Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	288
21) Kendelse af 11. maj 2006 (J.nr. 2005-0003554) Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	292
22) Kendelse af 30. maj 2006 (J.nr. 2005-0004301) Omlægning af selskabs regnskabsår registreringsnægtet.....	299
23) Kendelse af 31. maj 2006 (J.nr. 2005-0002472) Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	303
24) Kendelse af 27. juni 2006 (J.nr. 2005-0002442) Fond pålagt at indsende ny revideret årsrapport da den offentliggjorte årsrapport ikke indeholdt revisionspåtegning underskrevet af en statsautoriseret eller registreret revisor	312
25) Kendelse af 29. juni 2006 (J.nr. 2006-0004887) Omlægning af selskabs regnskabsår registreringsnægtet.....	321
26) Kendelse af 8. september 2006 (J.nr. 2005-0003553) Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	326
27) Kendelse af 8. december 2006 (J.nr. 2005-0004918) Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	335
28) Kendelse af 12. december 2006 (J.nr. 2006-0007186) Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	347
4.11. Bogføringslov	
29) Kendelse af 19. juni 2006 (J.nr. 2005-0003623) Dispensation til opbevaring af regnskabsmateriale i Tyskland	353

5. SAGSSTATISTIK.....360

BILAG:

1. Lov nr. 858 af 23. december 1987 om Erhvervsankenævnet.
2. Bemærkningerne til lovforslaget.
3. Ændringer til lov om Erhvervsankenævnet.
4. Erhvervsministeriets bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994 om Erhvervsministeriet.
5. Fortegnelse over love og anordninger omfattet af Erhvervsankenævnets kompetence.

1. FORMANDSKABETS BERETNING

Nævnet har i 2006 haft en tilgang på 106 klagesager og har i alt haft 147 sager til behandling. Der er i årets løb afsluttet 113 sager. Heraf er 29 sager afsluttet ved kendelse og 84 sager på anden måde. Af de 29 sager afgjort ved kendelse blev afgørelsen stadfæstet i 22 sager, 6 kendelser førte til ankenævnets ændring/hjemvisning af den påklagede afgørelse, og endelig blev 1 sag afvist ved kendelse.

I 5 tilfælde har de indklagede myndigheder under sagsbehandlingen i nævnet ændret deres afgørelse på en sådan måde, at afsigelse af kendelse har kunnet undlades.

Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for sager afgjort ved kendelse har udgjort 12,8 måneder, der inkluderer den tid, som medgår til høring af en sags parter. Sagsbehandlingstiden for hver sag fremgår af de enkelte kendelser, der er optrykt i kapitel 4.

Formandskabet har på ny anledning til at takke de sagkyndige og nævnets sekretariat for deres bistand i det forløbne år.

Jan Uffe Rasmussen
formand

Steen Mejer Hansen
næstformand

2. ERHVERVSANKENÆVNETS SAMMENSÆTNING

Ankenævnet består for tiden af en formand, en næstformand og 20 sagkyndige medlemmer. Formandskabets medlemmer skal opfylde betingelserne for at blive udnævnt til landsdommer. Nævnets sagkyndige medlemmer udpeges blandt personer, der har kendskab til erhvervsforhold, herunder kapitalmarkedsforhold, nationaløkonomi, forsikringsmatematik og forbrugerforhold. Formandskabets og nævnets medlemmer beskikkes af økonomi- og erhvervsministeren.

I året 2006 har ankenævnet bestået af følgende:

Formandskab:

Landsdommer	Jan Uffe Rasmussen, formand
Landsdommer	Ulla Staal, næstformand (indtil 20. november 2006)
Landsdommer	Steen Mejer Hansen, næstformand

Medlemmer:

Med kendskab til erhvervsforhold:

Professor	Mads Bryde Andersen
Advokat	Lise Høgh
Advokat	Suzanne Helsteen
Statsaut. revisor	Lars Holtug
Statsaut. revisor	Poul Østergaard Mortensen
Advokat	Finn Møller Kristensen
Advokat	Anders Hjulmand
Statsaut. revisor	Kirsten Aaskov Mikkelsen
Statsaut. revisor	Johnny Kofoed-Jensen

Med kendskab til nationaløkonomi:

Professor	Christian Hjorth-Andersen
Lektor	Peter Erling Nielsen

Med kendskab til kapitalmarkedsforhold:

Bankdirektør	Preben Lund Hansen
Vicedirektør	Niels Bolt Jørgensen
Underdirektør	Cato Baldvinsson
Professor	Christen Sørensen (indtil 28. februar 2006)
Områdedirektør	Peter Stig Hansen

Med kendskab til kapitalmarkedsforhold, herunder realkreditforhold:

Sekretariatschef	Susanne Nielsen
Vicedirektør	Jørgen Wohlsen
Direktør	Peter Wendt (indtil 30. juni 2006)

Med kendskab til forsikringsmatematik:

Direktør, cand.act.	Mogens Andersen
Direktør, cand.act.	Holger Dock

Med kendskab til forbrugerforhold:

Lektor	Anne-Dorte Bruun Nielsen
--------	--------------------------

Sekretariatet har bestået af:

Sekretariatsleder	Søren Tukjær
Overassistent	Anette Ring

Ankenævnets adresse:

Erhvervsankenævnet
Kampmannsgade 1, Postboks 2000
1780 København V.
Tlf.: 33 30 76 22
Telefax: 33 30 76 00
E-post: erhvervsankenaevn@eogs.dk.
Hjemmeside: www.erhvervsankenaevnet.dk
Ekspeditionstid: 9.00 - 16.00

3. SAGSBEHANDLINGEN I ERHVERVSANKENÆVNET

3.1. Ankenævnets organisation.

Det er karakteristisk for Erhvervsankenævnet - formentlig i modsætning til de fleste andre tilsvarende organer - at nævnets kompetence omfatter et betydeligt antal love (se bilag 5) og dermed et bredt sagsområde. De sager, der behandles af nævnet, er af meget forskelligt omfang og karakter, strækkende sig fra enkle sager af beskeden størrelse til meget komplicerede sager med betydelige økonomiske konsekvenser.

Bestemmelser om Erhvervsankenævnet findes i lov nr. 858 af 23. december 1987 som ændret ved lov nr. 315 af 14. maj 1997, lov nr. 1052 af 23. december 1998 og lov nr. 427 af 6. juni 2002, samt i bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994. Loven, bemærkningerne til lovforslaget samt bekendtgørelsen findes som bilag 1-4 til denne årsberetning.

Erhvervsankenævnet består af formandskab og et antal sagkyndige medlemmer, der alle beskikkes af økonomi- og erhvervsministeren. De sagkyndige medlemmer udpeges blandt personer, der har kendskab til erhvervsforhold, herunder kapitalmarkedsforhold, nationaløkonomi, forsikringsmatematik og forbrugerforhold (bekendtgørelsens § 5).

Formandskabet består for tiden af formanden og en næstformand. Antallet af sagkyndige er for tiden 20. Formanden har den almindelige ledelse af ankenævnets arbejde (bekendtgørelsens § 3). De enkelte sager fordeles mellem formanden og næstformanden, der udøver formandens funktioner i de sager, der er tildelt ham (bekendtgørelsens § 4, stk. 2 og 3). Sagerne afgøres i et nævn, der nedsættes individuelt for hver enkelt sag. Dette nævn består af et medlem af formandskabet og to eller i særlige tilfælde fire sagkyndige (lovens § 3, bekendtgørelsens § 4, stk. 1). Formanden udpeger sagkyndige til det enkelte nævn og bestemmer, om der skal medvirke to eller fire sagkyndige (bekendtgørelsens § 5, stk. 1). Udpegelsen sker efter en vurdering af hvilken sagkundskab, der er behov for netop i den foreliggende sag. Forudsætter afgørelsen kendskab til kapitalmarkedsforhold, nationaløkonomi, forsikringsmatematik eller forbrugerforhold, skal mindst en af de medvirkende

sagkyndige udpeges blandt de sagkyndige, der har særligt kendskab til vedkommende område (bekendtgørelsens § 5, stk. 2.).

Nedsættelse af det enkelte nævn sker normalt først, når den skriftlige forberedelse af sagen er afsluttet.

3.2. Ankenævnets kompetence.

Efter lovens § 1, stk. 1, er Erhvervsankenævnet "klageinstans for administrative afgørelser i det omfang, det fastsættes ved lov eller i henhold til lov" samt for "afgørelser truffet af Rejsegarantifonden, i det omfang det er fastsat i lov om en rejsegarantifond". Endvidere kan økonomi- og erhvervsministeren efter lovens § 7, stk. 2, bestemme, at Erhvervsankenævnet er "klageinstans for administrative afgørelser truffet af færøske hjemmestyremyndigheder, hvis der indgås en aftale herom". Ankenævnets kompetence følger således ikke af selve loven om ankenævnet, men af de love, der regulerer de enkelte sagsområder. Normalt findes bestemmelsen om klageadgang i selve den pågældende lov, men i nogle tilfælde findes bestemmelsen i en bekendtgørelse med hjemmel i den pågældende lov. Bilag 5 indeholder en fortegnelse over love og anordninger, som er omfattet af ankenævnets kompetence.

Nævnets kompetence er begrænset til klager over afgørelser, der er truffet af vedkommende myndighed, dvs. konkrete forvaltningsakter. Også et afslag på at behandle en sag, f.eks. ud fra betragtninger om manglende hjemmel, må betragtes som en afgørelse, der kan indbringes for nævnet. Kompetencen omfatter derimod ikke styrelsens sagsbehandling, herunder sagsbehandlingstiden og serviceniveauet, medmindre sagsbehandlingen indgår som et led i bedømmelsen af en afgørelse, der er indbragt for ankenævnet. Klager over forhold, som ikke er omfattet af nævnets kompetence, hører under ressortministeriet eller den færøske ressortmyndighed.

Det forekommer i et vist omfang, at styrelserne efter anmodning afgiver vejledende udtalelser om forståelsen af en lovbestemmelse eller lignende. Det vil bero på et konkret skøn efter forholdene i hver enkelt sag, om udtalelsen må sidestilles med en afgørelse, og således omfattet af nævnets kompetence.

Det ligger endvidere uden for ankenævnets kompetence at behandle klager over indholdet af en bekendtgørelse udstedt af ministeren eller af vedkommende styrelse med direkte lovhjemmel.

Nævnets kompetence omfatter såvel juridiske som skønsmæssige spørgsmål i de påklagede afgørelser. Dette er udtrykkeligt fremhævet i lovens motiver, hvor det (til § 2) siges, at nævnet skal foretage en juridisk og fagmæssig bedømmelse og skal behandle "såvel de retlige som de hermed forbundne skønsmæssige forhold i de berørte styrelsers afgørelser".

3.3. Indgivelse af klager.

Klager til Erhvervsankenævnet sendes til: Erhvervsankenævnet, Kampmannsgade 1, Postboks 2000, 1780 København V. Der er ikke fore-skrevet nogen særlig form for klagen, bortset fra at denne skal være skriftlig og affattet på dansk (bekendtgørelsens § 6 og 7, stk. 1).

Klagefristen er typisk 4 uger. Fristen er ikke fastsat i loven om ankenævnet, men følger af de enkelte bestemmelser, der fastlægger ankenævnets kompetence. Efter den grønlandske aktieselskabslov og anpartsselskabslov er klagefristen 7 uger.

Der er ikke i loven eller bekendtgørelsen taget stilling til, hvem der kan påklage en afgørelse til ankenævnet. Dette spørgsmål må afgøres efter forvaltningsrettens almindelige regler om klageberettigelse eller på grundlag af bestemmelse herom i de enkelte love. Begrænsning af partsbegrebet følger f.eks. af lov om finansiel virksomhed.

En klage til ankenævnet har ikke opsættende virkning, men nævnet - eller formanden på nævnets vegne - kan bestemme, at klagen skal have opsættende virkning, hvor særlige grunde taler for det (lovens § 6, bekendtgørelsens § 9). Spørgsmålet om opsættende virkning har været rejst over for ankenævnet i flere klagesager. Nævnet har i alle tilfælde indhentet en udtalelse fra vedkommende styrelse og herefter taget stilling til, om der forelå sådanne særlige omstændigheder, der kunne begrunde, at klagen blev tillagt opsættende virkning.

For behandling af en klage skal der betales et gebyr på 4.000 kr. Ved klager over forhold, der ikke har forbindelse med klagerens aktuelle eller fremtidige erhvervsudøvelse, er gebyret 2.000 kr. Der skal ikke betales gebyr ved klager over afslag på begæring om aktindsigt. Gebyret skal indbetales samtidigt med, at klagen indsendes. Sker dette ikke, fastsættes en frist for betaling. Betales gebyret ikke inden fristens udløb, afvises klagen (bekendtgørelsens § 7, stk. 2 og stk. 3). Bliver en klage afvist uden realitetsbehandling, tilbagebetales gebyret (bekendtgørelsens § 8, stk. 2). Endvidere kan nævnet eller formanden bestemme, at gebyret skal betales tilbage, hvis klageren får helt eller delvis medhold i sin klage, enten ved en kendelse afsagt af nævnet eller ved, at vedkommende myndighed i anledning af klagen ændrer sin afgørelse (bekendtgørelsens § 15, stk. 4).

Efter bekendtgørelsen er der tillagt formanden kompetence til at træffe afgørelse i forskellige formelle forhold ud over de forannævnte på nævnets vegne.

3.4. Sagens forberedelse.

Sagsforberedelsen indledes med, at nævnets sekretariat anmoder vedkommende styrelse om styrelsens udtalelse om sagen, en redegørelse for sagens faktiske og retlige omstændigheder og sagens akter (bekendtgørelsens § 11, stk. 1). Styrelsens svar bliver forelagt for klageren til udtalelse (bekendtgørelsens § 12, stk. 1). Efter formandens bestemmelse er der derefter mulighed for at udveksle yderligere indlæg.

Loven og bekendtgørelsen (henholdsvis § 5 og § 10) åbner mulighed for, at en tredjemand eller en offentlig myndighed, der har en retlig interesse i udfaldet af en sag, kan få tilladelse til at indtræde i sagen. Tilladelse til en tredjemands indtræden i sagen er givet i adskillige tilfælde. Formanden kan endvidere bestemme, at en tredjemand eller offentlig myndighed orienteres om en sag, således at der gives den pågældende mulighed for at udtale sig i sagen.

Selv om ankenævnet selvsagt i vidt omfang må støtte sig til de oplysninger, man modtager fra parterne, påhviler det ankenævnet selv at påse, at sagen oplyses bedst muligt. Nævnet kan anmode såvel sagens parter som udenforstående om oplysninger til brug for sagens afgørelse (bekendtgørelse § 11, stk. 2 og 3).

Når formanden skønner, at sagen er tilstrækkeligt oplyst, og at der ikke er behov for yderligere indlæg, bestemmer han, at den skriftlige forberedelse skal afsluttes. Forberedelsen kan dog genoptages efter formandens bestemmelse, hvis der skulle vise sig behov for det (bekendtgørelsens § 12, stk. 2).

3.5. Sagens afgørelse.

Når den skriftlige forberedelse er afsluttet, udarbejdes der et udkast til kendelse, der udsendes til de sagkyndige sammen med sagens akter. Afgørelsen træffes herefter enten ved skriftlig votering eller på et møde mellem medlemmerne af det pågældende nævn (bekendtgørelsens § 13).

Hvor særlige grunde taler for det, kan formanden bestemme, at sagen i stedet skal forhandles mundtligt. I så fald indkaldes klageren, den indklagede myndighed og eventuelle indtrådte til et møde med nævnets medlemmer. Der er mulighed for at lade sig repræsentere ved advokat, revisor eller anden sagkyndig ved mødet. Forhandlingerne er kun offentlige, hvis de mødende er enige om det, og nævnet tillader det (bekendtgørelsens § 14). Der er ikke givet nærmere regler om formen for den mundtlige forhandling, men i praksis gives der hver af parterne adgang til at fremkomme med indlæg og svar på indlæg. Nævnet har bestræbt sig på, at forhandlingerne herefter forløber uformelt. Finder mundtlig forhandling sted, træffes selve afgørelsen normalt på et møde mellem nævnets medlemmer efter forhandlingen. Også i de sager, hvor der er truffet bestemmelse om mundtlig forhandling, sker der forinden en sædvanlig skriftlig forberedelse. Mundtlig forhandling har været anvendt i et vist omfang.

Afgørelsen i sagen træffes af nævnets medlemmer ved simpelt stemmeflertal. Der er adgang for et eventuelt mindretal til at afgive dissens i kendelsen (bekendtgørelsens § 15, stk. 1 og 2). Adgangen til at afgive dissens er benyttet i flere tilfælde.

Nævnets afgørelse vil foreligge i form af en kendelse, der sendes til parterne og eventuelt indtrådte. Kendelsen indeholder et referat af sagens faktiske omstændigheder, parternes synspunkter og en begrundelse for afgørelsen (bekendtgørelsens § 15, stk. 3).

Erhvervsankenævnet er som andre forvaltningsmyndigheder omfattet af reglerne i forvaltningsloven og lov om offentlighed i forvaltningen. De almindelige regler i disse love om bl.a. inhabilitet, tavshedspligt og aktindsigt gælder således også for ankenævnet. Ankenævnet er endvidere omfattet af eventuelle særlige tavshedspligtregler, som følger af de enkelte love, f.eks. lov om finansiel virksomhed.

Ankenævnet er uafhængigt. Dets afgørelser kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed (lovens § 1, stk. 2 og 3). Derimod kan afgørelserne indbringes for domstolene efter de almindelige regler om domstolenes prøvelse af forvaltningens afgørelser. Der er fastsat en frist på 8 uger for indbringelse af Erhvervsankenævnets afgørelser efter lov om værdipapirhandel mv., jf. lovens § 88, stk. 4.

4. ERHVERVSANKENÆVNETS PRAKSIS

I dette kapitel omtales samtlige kendelser afsagt af Erhvervsankenævnet i året 2005.

Kendelserne er ordnet efter de enkelte love. Ved sammenligning med tidligere årgange af årsberetningen skal man være opmærksom på, at underinddelingerne i dette kapitel kan variere fra år til år, da ikke alle love giver anledning til kendelser hvert år.

4.1. LOV OM FINANSIEL VIRKSOMHED

1) Kendelse af 26. maj 2006 (J.nr. 2005-0002473).

Projekts navn i strid med lov om finansiel virksomhed.

Lov om finansiel virksomhed § 7.

(Suzanne Helsteen, Niels Bolt Jørgensen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved e-mail af 3. maj 2005 har K som fungerende leder af ... "A" ... klaget over Finanstilsynets afgørelse af 25. april 2005, hvor tilsynet har vurderet, at projektets navn er i strid med lov om finansiel virksomhed § 7, stk. 5.

Sagens omstændigheder:

I en af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse for sagens faktiske omstændigheder har Finanstilsynet den 21. juni 2005 udtalt:

”...

Ifølge hjemmesiden er A en internetbank, jf. ...[hjemmeside].

A sælger ..., jf. ... [hjemmeside].

Art Money er sedler med forskellige kunstværker på. Hver seddel er unik, og sedlerne skabes af kunstnere, der er registreret hos A. Sedlerne kan anvendes som betalingsmiddel hos forskellige virksomheder og personer. Art Money udstedes med en købekraft på 20 euro og stiger i værdi med 5 euro pr. år, dog maksimalt i 7 år.

Det fremgår endvidere af hjemmesiden, at A har adresse på X-by, jf. ... [hjemmeside].

Finanstilsynet blev opmærksom på navnet A i januar 2005. Finanstilsynet vurderede umiddelbart, at navnet var i strid med § 7, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed, jf. lovbekendtgørelse nr. 90 af 3. februar 2005. Dette blev meddelt A ved brev af 9. februar 2005. ...

A besvarede dette brev ved mail af 22. februar 2005. Det fremgår af mailen, at K fra A ikke mener, at navnet A er i strid med § 7, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed. K henviser til, at navnet efter hans opfattelse ikke fremkalder det indtryk, at der er tale om et pengeinstitut. K peger i denne forbindelse på, at Art Money ikke er anerkendt offentligt som penge.
...”

I Finanstilsynets afgørelse af 25. april 2005 hedder det:

” ...

Banker har eneret til at benytte betegnelsen “bank” i deres navn, jf. § 7, stk. 5, 1. pkt. i lov om finansiel virksomhed. Det fremgår endvidere af 2. punktum i denne bestemmelse, at andre virksomheder, bortset fra banker, der er oprettet ved særlig lov, ikke må anvende navne eller betegnelser for deres virksomhed, som er egnet til at fremkalde det indtryk, at de er pengeinstitutter.

Østre Landsrets dom af 23. november 1998 fastslår, at det ved vurderingen af, om betegnelsen “bank” er anvendt i strid med navneeneretten, må tillægges betydningen, om betegnelsen er anvendt i betydningen pengeinstitut.

Finanstilsynet vurderer, at betegnelsen “bank” i navnet “A” er anvendt i betydningen pengeinstitut. Finanstilsynet har herved lagt vægt på, at betegnelsen “bank” i navnet A står sammen med ordet “money”, og at A opbevarer og sælger art money.

Det er endvidere Finanstilsynets opfattelse, at betegnelsen “bank” i navnet A er egnet til at fremkalde det indtryk, at virksomheden er et pengeinstitut. Finanstilsynet har herved lagt vægt på, at betegnelsen “bank” i navnet A står sammen med ordet “money”.

Finanstilsynet vurderer på denne baggrund, at navnet “A” er i strid med § 7, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed.

Det fremgår af § 373, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, at overtrædelse af bestemmelsen i § 7, stk. 5, straffes med bøde eller fængsel indtil 4 måneder, medmindre højere straf er forskyldt efter den øvrige lovgivning.
...”

I klagen af 3. maj 2005 har K anført:

”Som ophavsmand og fungerende leder af ... “A” (...), vil jeg anke Finanstilsynets beslutning om, at projektets navn strider med §7, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed.

Projektet A har kørt siden december 1997 og har ikke tidligere modtaget klager over navnet. I den tid projektet har kørt, har navnet været en væsentlig bestanddel af projektets identitet og er blevet indarbejdet som et “brand” verden over. Det kan have ødelæggende konsekvenser for projektet at ændre på navnet, hvilket derfor ikke ønskeligt.

Navnets forkortelse: A udtales (...) som på dansk betyder: “...”. Art money er funderet i det enkelte menneske, som udsteder den enkelte art money seddel, og repræsenterer den værdi dette menneske kan yde sin næste. Art money er således et levende netværk mellem mennesker på kryds og tværs af kulturelle skel og kan ikke betragtes på samme måde som penge.

Selv om art money kan bruges som betalingsmiddel, står det klart for enhver, der læser web sitet eller som får en original art money i hånden, at der ikke er tale om et alment pengeinstitut.”

I udtalelsen af 21. juni 2005 har Finanstilsynet vedrørende sagens retlige omstændigheder bemærket:

”...

Banker har eneret til at benytte betegnelsen “bank” i deres navn, jf. § 7, stk.5, 1. pkt., i lov om finansiel virksomhed. Det fremgår endvidere af 2. pkt. i denne bestemmelse, at andre virksomheder, bortset fra banker, der er oprettet ved særlig lov, ikke må anvende navne eller betegnelser for deres virksomhed, som er egnet til at fremkalde det indtryk, at de er pengeinstitutter.

I 1998 fandt Østre Landsret ikke, at betegnelsen “bank” i ordet ... var anvendt i strid med navneeneretten i den dagældende bank- og sparekasselov. Ordet Image Bank var anvendt som en del af navnet på selskabet B A/S, der var et billedbureau. Landsretten lagde vægt på, at betegnelsen “bank” ikke var anvendt som betegnelse for et pengeinstitut, men for en samling, her af fotos, illustrationer og filmklip, som blev solgt og udlejet af selskabet i henhold til en licensaftale med C Inc, New York. Endvidere lagde Landsretten vægt på, at betegnelsen af selskabet ikke i øvrigt kunne give anledning til forveksling med et pengeinstitut. Dommen er trykt i Ugeskrift for Retsvæsen 1999, side 330.

Dommen fra 1998 er fortsat aktuel, da den del af § 7, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed, der er relevant i denne sag, svarer til den dagældende navneeneretsbestemmelse i bank- og sparekasseloven, jf. bemærkningerne til § 7, stk. 5, hvorefter bestemmelsen opretholder pengeinstitutternes navneeneret efter bank- og sparekasseloven.

3. Finanstilsynets vurdering

Det følger af Landsrettens dom vedrørende ..., at der først skal foretages en vurdering af, om betegnelsen "bank" er anvendt i betydningen pengeinstitut.

Navneeneretten har sammen med navnepligten, jf. § 7, stk. 6, i lov om finansiel virksomhed, til formål at beskytte offentligheden, således at det allerede af navnet fremgår, at der er tale om en virksomhed, der er underlagt offentligt tilsyn og i øvrigt omfattet af bestemmelserne i lov om finansiel virksomhed.

Som udgangspunkt må der således lægges vægt på, om det for offentligheden ser ud som om, at betegnelsen "bank" i navnet A er anvendt i betydningen pengeinstitut.

Betegnelsen "bank" i navnet A er anvendt sammen med ordet "money".

Et af kerneområderne for pengeinstitutter er at håndtere penge, jf. bestemmelsen i § 7, stk. 1, 1. pkt., i lov om finansiel virksomhed, hvorefter virksomheder, der udøver virksomhed, som består i fra offentligheden at modtage indlån eller andre midler, der skal tilbagebetales, samt i at yde lån for egen regning [...] skal have tilladelse som pengeinstitut. Det fremgår endvidere af bilag 1 til loven, at pengeinstitutvirksomhed består af øvrig virksomhed i forbindelse med omsætning af penge og kreditmidler.

Art Money kan sammenlignes med penge, idet Art Money er et betalingsmiddel på samme måde som penge.

Den virksomhed, som A udøver i forhold til Art Money, kan sammenlignes med den virksomhed, som pengeinstitutter udøver i forhold til penge. A handler således med Art Money, hvilket kan sammenlignes med, at pengeinstitutter handler med penge.

Det forhold, at A på hjemmesiden omtales som en internetbank, peger også på, at A fungerer som et pengeinstitut i forhold til Art Money.

På denne baggrund vurderer Finanstilsynet, at betegnelsen "bank" i A er anvendt i betydningen pengeinstitut.

Det følger herefter af Landsrettens dom vedrørende Image Bank, at navnet er i strid med § 7, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed. Dette gælder uanset om navnet er egnet til at fremkalde det indtryk, at virksomheden er et pengeinstitut.

Hvis Erhvervsankenævnet når frem til, at betegnelsen "bank" i A ikke er anvendt i betydningen pengeinstitut, vurderer Finanstilsynet imidlertid også på baggrund af ovennævnte, at navnet A er egnet til at fremkalde det indtryk, at A er et pengeinstitut.

Det er formentlig den engelske betegnelse "bank", virksomheden benytter, jf. de efterfølgende ord "of" og "money" i virksomhedens navn. Da betegnelsen "bank" er anvendt i betydningen pengeinstitut, og da betegnelsen er den samme på engelsk og dansk, vurderer Finanstilsynet, at dette forhold er uden betydning.
..."

Ved skrivelse modtaget i Erhvervsankenævnet den 19. juli 2005 har K yderligere anført:

" ...
Ordet "money" anvendes ikke. Blot ordet "Art Money", som på engelsk skrives i to ord. A handler ikke med penge, men med art money.
..."

A formidler kontakt mellem kunstnere, og kunstinteresserede verden over, således at de frit kan kommunikere uden om A.
A opretter profiler for kunstnere verden over, således at de kan nyde eksponering af deres art money samt anden personlig og professionel virke.
A forhandler art money for registrerede art money kunstnere. Art money solgt via A online shop sendes af A til køber. A tager en kommission til dækning af drift og forsendelse.
A sender navn og e-mail adresse på køber, samt penge til den pågældende kunstner. Afregning foregår kvartalsvis.
Man kan ikke optage lån i A.
Art money kan ikke veksles tilbage til penge.
A assisterer ikke i forbindelse med ejendomshandel.
Man kan ikke sætte penge ind i A.
Man kan ikke hæve penge fra A.
Jeg ser ikke, hvordan As aktiviteter kan sammenlignes med den virksomhed, som pengeinstitutter udøver.

For en god ordens skyld har jeg fotograferet nogle eksempler på art money. Det er værd at huske, at art money er originale kunstværker. Der findes ikke to ens. Hver seddel måler 12x18 cm, men tykkelsen kan variere voldsomt. Jeg vedlægger disse fotos med henblik på at demonstrere, at art money ikke på nogen måde ligner penge som vi kender dem."

I skrivelse af 30. august 2005 har Finanstilsynet yderligere udtalt:

" ...
2. *Forvekslingsmulighed*
..."

Selvom der står "Art" foran ordet "Money" i navnet A, er det fortsat Finanstilsynets vurdering, at navnet er egnet til at fremkalde det indtryk, at A er et pengeinstitut.

Finanstilsynet lægger herved først og fremmest vægt på, at betegnelsen "Bank" indgår i navnet A. En bank er et pengeinstitut.

Endvidere lægger Finanstilsynet vægt på, at A omtaler sig selv som en internetbank på hjemmesiden, at A udøver virksomheder, der kan sammenlignes med pengeinstitutvirksomhed, og endelig at betegnelsen "Bank" i navnet A er anvendt sammen med ordet "Money".

Det er således Finanstilsynets opfattelse, at betegnelsen "Bank" i navnet A er anvendt i betydningen pengeinstitut, og at navnet A er egnet til at fremkalde det indtryk, at A er et pengeinstitut.

...

Finanstilsynet skal tilføje, at det afgørende ikke er, om Art Money kan forveksles med penge, men derimod om benyttelsen af betegnelsen "Bank" i navnet A er i strid med § 7, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed."

I skrivelse af 5. oktober 2005 har advokat D på vegne af A yderligere bemærket:

"...

Jf. § 7, stk. 5 i lov om finansiel virksomhed er det afgørende, hvorvidt den konkrete anvendelse af ordet "bank" er egnet til at fremkalde det indtryk, at der er tale om et egentligt pengeinstitut.

Modsat ordet "pengeinstitut" anvendes ordet "bank" såvel i Danmark som i engelsksprogede lande også som en samling eller beholdning af noget, fx sæd bank, blod bank, job bank, gen bank eller ... jf. UfR 1999.330. Se fx også ... på ...[hjemmeside], ...[hjemmeside], ...[hjemmeside], ...[hjemmeside], ... på ...[hjemmeside].

Der skal derfor foretages en konkret vurdering af, hvorvidt brugen af ordet bank i klagerens koncept "A" kan fremkalde det indtryk, at der er tale om et egentligt pengeinstitut.

Bestemmelsen i § 7, stk. 5 skal netop alene beskytte offentligheden mod at blive vildledt af virksomheder, der anvender ordet "bank" eller "pengeinstitut" i deres navn, og som beskæftiger sig med pengeinstitutvirksomhed, uden at virksomheden overholder gældende lovgivning, herunder lov om finansiel virksomhed.

Det skal bemærkes, at domænenavnet, der anvendes på internettet er art money, og virksomheden, der udøver aktiviteten, er et selskab ved navn A ApS. Navnet "A" fremtræder hverken som selskabsnavn eller varemærke/kendetegn i øvrigt, men alene som en koncept- eller projektbeskrivelse på websitet. Aktiviteten udøves af selskabet A ApS på internettet under domænenavnene ...[hjemmeside], ...[hjemmeside], ...[hjemmeside] og ...[hjemmeside].

“Money” kan ikke meningsfuldt adskilles fra ordet “art” i den samlede konceptbeskrivelse, og ordene Art Money eller “kunstpenge” kan på ingen måde opfattes som en godkendt valutaenhed. Ordene money, penge eller mønter bruges i mange sammenhænge som betegnelse for en eller anden form for værdi ofte sammen med et andet ord. Mange forlystelsesparker og virksomheder i øvrigt anvender ofte “egen valuta” i form af kuponer og “mønter”, der kan indløses til en i forvejen fastsat værdi. Her skal blot nævnes, at E (se ...[hjemmeside]), der udsteder såkaldte “...”, ved køb for over DKK 25,00, og disse ... kan efterfølgende indløses i kædens forretninger.

Da betegnelsen A endvidere alene fremtræder på klagerens website, hvor besøgende samtidig ikke kan undgå at se den øvrige tekst på websitet, og hvor der er intet i denne tekst, der kan medføre, at besøgende kunne få den opfattelse, at der udøves nogen form for egentlig pengeinstitutvirksomhed eller aktivitet, der kan forveksles hermed, kan det forhold, at bank indgår i en beskrivelse sammen med ordet money ikke konkret tillægges nogen vægt.

Derimod er der på websitet www.art-money.org en detaljeret beskrivelse af, hvad konceptet går ud på, nemlig at der er tale om en sammenslutning af kunstnere og øvrige virksomheder, der bekender sig til og accepterer reglerne bag konceptet “A”.

En del af konceptet og projektet er således, at der lånes ord/udtryk fra finansverdenen som kunstnerisk udtryksform og som en slags happening, idet netop den traditionelle kunstverden ligger meget langt fra finansverdenen. Såfremt brugerne læser nærmere om konceptet, kan de samtidig ikke undgå at konstatere, at der ikke er tale om egentlige eller offentligt godkendte betalingsmidler.

Godkendte kunstnere kan sælge deres kunstværker til en i forvejen fastsat værdi, og disse kunstværker kan herefter inden for den sluttede kreds af andre kunstnere og virksomheder anvendes til at erhverve andre kunstværker, varer eller tjenesteydelser, svarende til en slags “tilgodebevis”. En del af konceptet er således, at værkerne betegnes som “Art Money” og skal overholde visse krav med hensyn til dimensioner.

Værdien af kunstværkerne garanteres ikke, de kan ikke veksles til penge, og det er op til medlemmerne af kredsen at afgøre, hvad de kan anvendes til.

Der udøves ingen virksomhed, der kan sammenlignes med pengeinstitutvirksomhed, idet der hverken er mulighed for at optage lån, sætte penge ind, veksle penge, indhente finansiel rådgivning eller købe øvrige finansielle ydelser af nogen art. Der er derimod mulighed for at købe kunstværker, som inden for medlemskredsen kan anvendes som “tilgodebeviser” inden for visse retningslinier.

Nærværende sag svarer til afgørelsen fra Østre Landsret trykt i UfR 1999.330. I denne sag var der tale om navnet “...”, der blev anvendt af et billedbureau for en aktivitet, hvor fotos, illustrationer og filmklip blev

gjort til genstand for køb, salg og leje. I nærværende sag er det i forvejen dimensionerede kunstværker, der efter aftalte retningslinier, herunder fast pris, kan gøres til genstand for køb og salg.

Ligesom i ovennævnte sag er der ej heller i nærværende sag holdepunkter for at antage, at betegnelsen af konceptet "A" kan give anledning til forveksling med et pengeinstitut, og det forhold, at ordet "money" indgår som en del af konceptbeskrivelsen kan ej heller medføre et andet resultat.

Der findes endvidere en lang række registrerede varemærker, hvor ordet bank indgår, selvom der ikke er tale om pengeinstitutter, som fx F registreret for konsulentydelse.

..."

Finanstilsynet er ved skrivelse af 11. november 2005 fremkommet med følgende supplerende bemærkninger:

"...

Det fremgår af advokat Ds udtalelse af 5. oktober 2005, at virksomheden nu ikke længere hedder A.

Da virksomheden A således har ændret navn til A ApS, er det Finanstilsynets opfattelse, at virksomheden A har efterlevet Finanstilsynets afgørelse af 25. april 2005.

Det fremgår imidlertid af advokat Ds udtalelse, at A ApS benytter betegnelsen A.

Ifølge § 7, stk. 5, 2. pkt., i lov om finansiel virksomhed må andre virksomheder, bortset fra banker, der er oprettet ved lov, ikke anvende betegnelser for deres virksomhed, som er egnet til at fremkalde det indtryk, at de er pengeinstitutter.

Det er Finanstilsynets vurdering, at betegnelsen A er i strid med § 7, stk. 5, 2. pkt., idet betegnelsen A er egnet til at fremkalde det indtryk, at virksomheden er et pengeinstitut.

Finanstilsynet har ved denne vurdering lagt vægt på, at betegnelsen "Bank" indgår i betegnelsen A, og at betegnelsen "Bank" står sammen med ordet "Money" i betegnelsen A. Finanstilsynet henviser i denne forbindelse til tilsynets tidligere udtalelser i sagen af 21. juni og 30. august 2005.

...

Efter § 7, stk. 5, 2. pkt., i lov om finansiel virksomhed skal der foretages en vurdering af, om betegnelsen A er egnet til at fremkalde det indtryk, at virksomheden er et pengeinstitut. I denne forbindelse kan der efter Finanstilsynets opfattelse ikke lægges vægt på yderligere oplysninger på klagerens website.

Herudover er det ikke korrekt, at betegnelsen kun optræder på klagerens website.

På Gs hjemmeside fremgår der således følgende, ...

“G i partnerskab med A

G og de to kunstnere K og H indgår partnerskab omkring A. A er en bank for den alternative valuta Art Money.....”.

På samme hjemmeside fremgår der endvidere, ...

“A lanceret

A (A) er en alternativ global valuta, der består af originale kunstværker. A er en organisation der bliver drevet af kunstnerne selv....”.

Endelig er følgende anført på Internettet, ...

“AM [Money] can be exchanged for art at any time from any artist in the A (A)”.

...

Udstedelse af “egen valuta” er ikke reguleret i § 7, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed, og spørgsmålet om, hvorvidt virksomheden udsteder et betalingsmiddel, der kan opfattes som en godkendt valutaenhed, er efter Finanstilsynets vurdering uden betydning for vurderingen af, om § 7, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed er overtrådt.

...

Det er ikke et krav efter § 7, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed, at virksomheden beskæftiger sig med pengeinstitutvirksomhed uden at overholde gældende lovgivning.

Bestemmelsen i § 7, stk. 5, regulerer ikke virksomheder, der udøver pengeinstitutvirksomhed, uden at overholde gældende lovgivning. Dette forhold er reguleret i bestemmelserne i § 7, stk. 3 og 4, i lov om finansiel virksomhed.

Det, der skal foretages en vurdering af efter § 7, stk. 5, er, om betegnelsen A er egnet til at fremkalde det indtryk, at virksomheden er et pengeinstitut.

...

Finanstilsynet fastholder, at A ApS udøver virksomhed, der kan sammenlignes med pengeinstitutvirksomhed.

Finanstilsynet lægger herved vægt på, at A ApS sælger Art Money, der er et betalingsmiddel på samme måde som penge. Den virksomhed, som A ApS udøver i forhold til Art Money, kan således sammenlignes med en virksomhed, som pengeinstitutter udøver i forhold til penge.

Endelig gør advokat D gældende, at sagen svarer til afgørelsen fra Østre Landsret vedrørende “...”.

Finanstilsynet er ikke enig i denne opfattelse.

I sagen vedrørende “...” konkluderede Landsretten, at der ikke var en forvekslingsmulighed. Det eneste i denne sag, der talte for, at der var en forvekslingsmulighed, var, at betegnelsen “Bank” var en del af navnet “... Bank”.

I nærværende sag indgår betegnelsen “bank” i betegnelsen A.

Der er imidlertid yderligere to forhold i sagen, som taler for, at der er en forvekslingsmulighed.

For det første står betegnelsen “Bank” sammen med ordet “Money” i betegnelsen A.

Betegnelsen “Bank” i navnet “...” stod ikke sammen med ordet “Money”.

For det andet udøver A ApS efter Finanstilsynets opfattelse virksomhed, der kan sammenlignes med pengeinstitutvirksomhed.

“...” udøvede ikke virksomhed, der kunne sammenlignes med pengeinstitutvirksomhed.

På baggrund af ovennævnte er det fortsat Finanstilsynets opfattelse, at betegnelsen A er i strid med § 7, stk. 5, 2. pkt., i lov om finansiel virksomhed.”

Ankenævnet udtaler:

Indledningsvis bemærkes, at det alene er Finanstilsynets afgørelse af 25. april 2005, der foreligger til prøvelse for Erhvervsankenævnet.

Anvendelsen af betegnelsen A, hvori således indgår både ordet bank og ordet money, for en virksomhed, som omfatter opbevaring og handel med et produkt, benævnt art money, der blandt andet fungerer som et betalingsmiddel, er efter ankenævnets opfattelse egnet til at fremkalde det indtryk, at der er tale om et pengeinstitut.

Ankenævnet kan således tiltræde, at betegnelsen A er i strid med § 7, stk. 5, 2. pkt., i lov om finansiel virksomhed og stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 25. april 2005.

2) Kendelse af 8. september 2006 (J.nr. 2005-0003141).

Sammensætning af bestyrelse i investeringsforvaltningsselskab ikke i overensstemmelse med § 98 i lov om finansiel virksomhed.

Lov om finansiel virksomhed § 98.

(Cato Baldvinsson, Lise Høgh og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 15. juli 2005 har K A/S klaget over, at Finanstilsynet, i forbindelse med at selskabet har søgt om tilladelse som investeringsforvaltningsselskab efter lov om finansiel virksomhed, i skrivelse af 1. juli 2005 har meddelt selskabet, at bestyrelsens sammensætning ikke er i overensstemmelse med § 98 lov om finansiel virksomhed.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 1. juli 2005 hedder det:

”Med brev af 25. juni 2004 har K A/S indsendt ansøgning til Finanstilsynet om tilladelse til at drive investeringsforvaltningsselskab i henhold til § 14, jf. § 10, stk. 1 og 2, i lov om finansiel virksomhed.

...

Finanstilsynet har gennemgået ansøgningen og har følgende bemærkninger:

...

Selskabets bestyrelse

I ansøgningens punkt 6 har K A/S givet oplysninger om selskabets fire bestyrelsesmedlemmer.

Bestyrelsesmedlem A er direktør i B bank A/S, der er depotselskab for flere af de administrerede foreninger og endvidere medlem af bestyrelsen i C (fondsmæglerselskab) A/S og D A/S. Direktør E er også medlem af bestyrelsen i C (fondsmæglerselskab) A/S og D A/S.

Af lov om finansiel virksomhed § 98 fremgår at:

”Flertallet af bestyrelsens medlemmer i et investeringsforvaltningsselskab må hverken være medlemmer af bestyrelsen for et depotselskab eller et andet selskab, som en forening eller andre investeringsordninger, som administreres af det pågældende investeringsforvaltningsselskab, har indgået væsentlige aftaler med, eller være ansat i depotselskabet eller i et andet selskab, som en forening eller andre investeringsordninger,

som administreres af det pågældende investeringsforvaltningsselskab, har indgået væsentlige aftaler med, eller være medlem af bestyrelsen for eller ansat i andre selskaber, som er koncernforbundne med disse selskaber.”

Af bemærkningerne til § 98 fremgår at:

”Bestemmelsen er en videreførelse af en tilsvarende bestemmelse i den gældende tilsynslovgivning.

Det foreslås, at flertallet af medlemmerne af bestyrelsen for et investeringsforvaltningsselskab skal bestå af personer, der hverken er medlemmer af bestyrelsen for eller ansat i depotselskabet for en forening, som administreres af det pågældende investeringsforvaltningsselskab, eller medlem af bestyrelsen for eller ansat i andre selskaber i en koncern, som et sådant depotselskab er en del af.

Med forslaget understreges det, at et investeringsforvaltningsselskabs bestyrelse udover det sædvanlige selskabsretlige ledelsesansvar for investeringsforvaltningsselskabet har et særligt ansvar over for foreninger, som investeringsforvaltningsselskabet fungerer som daglig ledelse for.

Ønsket om, at flertallet af medlemmerne af bestyrelsen i investeringsforvaltningsselskabet ikke tillige må deltage i depotselskabets ledelse, skyldes, dels at depotselskabet skal udføre de i § 105 nævnte kontrolfunktioner, dels at investeringsforvaltningsselskabet som daglig ledelse for en forening på dennes vegne skal forhandle med depotbanken og de, der rådgiver foreningen og markedsfører deres andele, ligesom investeringsforvaltningsselskabet skal vurdere og kontrollere, at disse overholder deres forpligtelser over for foreningen.

Da der kan opstå interessekonflikter mellem foreningen og det selskab, der fungerer som depotbank for foreningen, er det mest hensigtsmæssigt, hvis investeringsforvaltningsselskaber har en uafhængig ledelse, som ikke er inhabil i forhold til selskaber, som foreningen indgår aftaler og samarbejder med.

Det er som hidtil muligt at have fuldt sammenfald mellem bestyrelserne for investeringsforvaltningsselskabet og en forening, som administreres af investeringsforvaltningsselskabet.”

I denne anledning skal Finanstilsynet under henvisning til § 98 i lov om finansiel virksomhed og bemærkningerne hertil meddele, at K A/S bestyrelse, der har fire medlemmer, ikke er i overensstemmelse med lov om finansiel virksomhed.

Baggrunden herfor er, at to af bestyrelsens medlemmer tillige er medlemmer af bestyrelsen af C (fondsmæglerselskab) A/S, der rådgiver de fleste af de administrerede foreninger, og det ene er direktør i B bank A/S, der er depotselskab for flere af de administrerede foreninger.

Endvidere er de medlemmer af bestyrelsen for D A/S. ”Flertallet af bestyrelsens medlemmer”, jf. § 98 i lov om finansiel virksomhed i en bestyrelse med fire medlemmer, er tre medlemmer. Bestyrelsens sammensætning skal derfor ændres, således at bestyrelsessammensætningen er i overensstemmelse med § 98 i lov om finansiel virksomhed.

Finanstilsynet skal endvidere gøre opmærksom på, at selskabet ved sammensætningen af bestyrelsen, skal være opmærksom på reglerne om inhabilitet.

...”

I klageskrivelsen af 15. juli 2005 har K A/S anført:

”...

Nærværende klage vedrører alene den del af Finanstilsynets afgørelse, som retter sig mod sammensætningen af bestyrelsen for K A/S (herefter benævnt ”selskabet”). Afgørelsens øvrige indhold tages til efterretning.

Det bemærkes, at selskabets eneaktionær, D A/S, har tilkendegivet at ville indvælge et antal personer i selskabets bestyrelse, der herefter opfylder kravene i henhold til Finanstilsynets afgørelse, på en ekstraordinær generalforsamling i august, således at Finanstilsynets sagsbehandling kan fremmes, i forlængelse af den af tilsynet truffede afgørelse. Denne klage ønskes således ikke tillagt opsættende virkning, idet det er afgørende for klagers virksomhed, at Finanstilsynet snarest muligt afslutter sin sagsbehandling.

Såfremt selskabet får medhold i denne klage, vil selskabets aktionær foranledige bestyrelsens sammensætning ændret endnu en gang, således at den svarer til den nuværende. Selskabet har en retlig interesse i klagens behandling, selvom selskabets bestyrelse i første omgang ændres i henhold til Finanstilsynets afgørelse, da dette alene sker for at undgå yderligere forsinkelse af behandlingen af selskabets godkendelsesansøgning.

Sagens forløb

Selskabet er 100% ejet af D A/S og indgår dermed i D koncernen, der normalt omtales som F. Selskabet driver virksomhed med administration af en række godkendte investerings-, special og fåmandsforeninger. I henhold til lov om finansiel virksomhed § 10 er selskabets virksomhed omfattet af reglerne for investeringsforvaltningsselskaber. Selskabet skulle derfor, sammen med landets øvrige administrationsselskaber, senest den 30. juni 2004 indlevere ansøgning til Finanstilsynet om godkendelse som investeringsforvaltningsselskab.

Selskabet overbragte sin ansøgning den 25. juni 2004, og har bortset fra et brev fra Finanstilsynet om at ansøgningen var modtaget, ikke

modtaget noget fra tilsynet før ovennævnte afgørelse af 1. juli 2005. Mere end et år efter ansøgningens indlevering.

I tilsynets brev pålægges selskabet at ændre selskabets bestyrelse, således at bestyrelsen er i overensstemmelse med lov om finansiel virksomhed § 98. Selskabet er af den opfattelse, at bestyrelsens sammensætning er i overensstemmelse med lovens krav.

Faktiske forhold

Selskabets bestyrelse består af fire personer, hvoraf to personer, A og E, er medlemmer af bestyrelsen for C (fondsmæglerselskab) A/S, der tilsvarende indgår i F. C (fondsmæglerselskab) A/S yder investeringsrådgivning til de fleste af de foreninger, som administreres af K A/S. Herudover indgår de to personer i bestyrelsen for D A/S. Desuden er A administrerende direktør i B bank A/S, som er depotselskab for en række af de nævnte foreninger. Der er ikke tvivl om, at de to personer har en tilknytning til interesser omfattet af lov om finansiel virksomhed § 98.

Bestyrelsen består herudover af G og H, der begge er medlemmer af bestyrelsen for de fleste af de investerings-, special- og fåmandsforeninger, som administreres af selskabet.

Hverken selskabets vedtægter eller bestyrelsens forretningsorden indeholder regler om, at formandens eller næstformandens stemme er afgørende i tilfælde af stemmelighed. I henhold til vedtægterne er bestyrelsen kun beslutningsdygtig, såfremt et flertal af medlemmerne er til stede. Det betyder, at de to medlemmer omfattet af personkredsen i § 98 ikke på egen hånd kan træffe beslutninger på vegne af bestyrelsen. De udgør således ikke et flertal.

Lov, bemærkninger og formål

Lov om finansiel virksomhed blev vedtaget i juni 2003. Lovens § 98 havde på det tidspunkt følgende ordlyd:

"Flertallet af bestyrelsens medlemmer i et investeringsforvaltningsselskab må hverken være medlemmer af bestyrelsen eller ansat i depotselskabet for en forening, som administreres af det pågældende investeringsforvaltningsselskab ..."

Bestemmelsen blev ledsaget af de bemærkninger, som Finanstilsynet har citeret i sit brev:

"Bestemmelsen er en videreførelse af en tilsvarende bestemmelse i den gældende tilsynslovgivning. Det foreslås, at *flertallet af medlemmerne af bestyrelsen for et investeringsforvaltningsselskab skal bestå af personer, der hverken er medlemmer af bestyrelsen for eller ansat i depotselskabet for en forening, som administreres af det pågældende investeringsforvaltningsselskab ...*" (vores fremhævning).

I efteråret 2003 blev bestemmelsen udvidet, så den ved lovens ikrafttræden den 1. januar 2004 også omfattede personer med tilknytning

til andre selskaber, der har et væsentligt samarbejde med foreninger under administration. Bortset fra udvidelsen af kredsen af omhandlede selskaber var bestemmelsens ordlyd uændret. Lovændringen blev ledsaget af følgende bemærkninger:

"Det foreslås som noget nyt, at *flertallet af medlemmerne af bestyrelsen for et investeringsforvaltningsselskab ikke må være medlemmer af bestyrelsen for eller ansat i selskaber*, som en forening eller andre investeringsordninger, som administreres af ..." (vores fremhævning).

Finanstilsynet citerer således forarbejderne til bestemmelsen i dens oprindelige udformning, i stedet for de forarbejder, der ledsagede bestemmelsen i dens endelige udformning.

Hvis man benævner personer med tilknytning til depotbank eller andre samarbejdspartnere som X og øvrige personer som Y, siger de gamle forarbejder, at flertallet skal bestå af Y, mens de senere forarbejder fastslår, at flertallet ikke må bestå af X. Sidstnævnte forståelse er i overensstemmelse med bestemmelsens ordlyd, hvilket formentlig er baggrunden for, at formuleringen i forarbejderne blev ændret i forbindelse med, at bestemmelsens anvendelsesområde blev udvidet.

Det kræver entydige fortolkningsbidrag at fortolke en relativ ny lovbestemmelse imod dens ordlyd. Sådanne fortolkningsbidrag findes som nævnt ikke i bemærkningerne til bestemmelsen - tværtimod.

Der er ikke i lov om finansiel virksomhed eller lovgivningen i øvrigt noget krav om, at antallet af bestyrelsesmedlemmer skal være ulige. En bestyrelse på 4 medlemmer opfylder lovgivningens krav, hvis der ikke er et flertal (in casu 3 medlemmer), der er omfattet af § 98.

Hvis det var lovgivers intention at indføre et krav om et flertal af bestyrelsesmedlemmer, der ikke er omfattet af § 98, kunne bestemmelsen have været formuleret som en pligt hertil. Dette er ikke tilfældet. Bestemmelsens ordlyd er negativ i den forstand, at den foreskriver, hvad flertallet ikke må omfatte, men ikke positivt hvordan flertallet skal sammensættes. Bestemmelsen er en forbudsbestemmelse, som skal fortolkes indskrænkende og i hvert fald ikke kan udstrækkes til situationer, der falder uden for bestemmelsens ordlyd.

Heller ikke en formålsfortolkning støtter Finanstilsynets opfattelse. Bestemmelsen søger således at sikre, at personer, som repræsenterer interesser, der potentielt kan være i modstrid med de administrerede foreningers interesser, ikke har dominerende indflydelse i et investeringsforvaltningsselskabs bestyrelse. I dette tilfælde har lovgiver bestemt, at dominerende indflydelse er et flertal af bestyrelsesmedlemmer. Lovgiver kunne have valgt helt at forbyde sådan repræsentation, men har altså fundet, at den gældende regel sikrer en hensigtsmæssig balance mellem et investeringsforvaltningsselskabs interessenter.

Dette skal ses i sammenhæng med lovens § 101, der bl.a. bestemmer, at investeringsforvaltningsselskaber ved administration af godkendte foreninger skal handle uafhængigt og udelukkende i den pågældende forenings interesse. Denne forpligtelse påhviler selskabet som sådan, hvorfor den selvfølgelig også skal iagttages af bestyrelsens medlemmer, uanset deres eventuelle tilknytning til andre interesser.

Endvidere suppleres de nævnte bestemmelser i lov om finansiel virksomhed af de almindelige selskabsretlige regler om habilitet.

Vigtigst er imidlertid det forhold, at de pågældende foreninger ledes af en bestyrelse, som ikke må have medlemmer med tilknytning til de i § 98 nævnte selskaber. Der er ikke noget der tilsiger, at bestyrelserne for danske investeringsforeninger ikke er i stand til at varetage foreningsmedlemmernes interesser.

Sammenfatning og afslutning

Denne klage omhandler alene Finanstilsynets fortolkning af lov om finansiel virksomheds § 98. Selskabet finder, at den nuværende sammensætning af selskabets bestyrelse ikke er i strid med § 98, hvilket støttes af,

- at Finanstilsynets opfattelse af bestemmelsens rækkevidde ikke er i overensstemmelse med bestemmelsens ordlyd,
- at § 98 har karakter af en forbudsbestemmelse, der ikke ved fortolkning kan udvides til at omfatte forhold, der ligger udenfor bestemmelsens ordlyd,
- at bestemmelsen ikke indebærer en pligt til en bestemt flertals-sammensætning, men derimod et forbud herimod, hvilket forbud er overholdt,
- at de af Finanstilsynet citerede bemærkninger vedrører bestemmelsen i en tidligere udformning,
- at bemærkningerne til bestemmelsen i forbindelse med den seneste revision er blevet tilpasset, så de sprogligt harmonerer med bestemmelsens ordlyd, og
- at de administrerede foreningers interesser er tilstrækkeligt sikret ved § 101, de almindelige habilitetsregler samt de regler, der gælder for sammensætningen af bestyrelserne for sådanne foreninger.

Endelig skal det bemærkes, at reguleringen af investeringsforvaltningsselskaber og de foreninger, som administreres af sådanne selskaber bygger på de såkaldte UCITS-direktiver. Direktiverne indeholder ikke regler svarende til lov om finansiel virksomhed § 98, og vi er ikke bekendt med, at andre EU-landes nationale regler indeholder tilsvarende stramme regler for ledelsens sammensætning. I øvrige EU-lande har

lovgiver anset reglerne om den såkaldte "fiduciary duty" - det vil sige administrators forpligtelse til at varetage de administrerede foreningers interesser svarende til lov om finansiel virksomhed § 101 - for at være en tilstrækkelig sikring af investorenes interesser.

Der findes heller ikke i dansk regulering tilsvarende indgribende regulering af, hvordan en finansiel virksomheds ledelse skal sammensættes. Pengeinstitutter og forsikringsselskabers bestyrelse må således gerne være domineret af ejerinteresser, der jo utvivlsomt ganske ofte vil have interesser, som er i modstrid med kundernes. Man har i stedet valgt en model, hvor kundernes interesser sikres gennem de regler, der gælder for de pågældende virksomheders virksomhedsdrift, herunder særligt reglerne om god skik.

..."

I anledning af klagen har Finanstilsynet i skrivelse af 31. august 2005 udtalt:

"...

Retligt grundlag

...

Det fremgår af bemærkningerne til § 98 i lovforslag L 176 fremsat den 12. marts 2003, at

"Bestemmelsen er en videreførelse af en tilsvarende bestemmelse i den gældende tilsynslovgivning.

Det foreslås, at flertallet af medlemmerne af bestyrelsen for et investeringsforvaltningsselskab skal bestå af personer, der hverken er medlemmer af bestyrelsen for eller ansat i depotselskabet for en forening, som administreres af det pågældende investeringsforvaltningsselskab, eller medlem af bestyrelsen for eller ansat i andre selskaber i en koncern, som et sådant depotselskab er en del af.

Med forslaget understreges det, at et investeringsforvaltningsselskabs bestyrelse udover det sædvanlige selskabsretlige ledelsesansvar for investeringsforvaltningsselskabet har et særligt ansvar over for foreninger, som investeringsforvaltningsselskabet fungerer som daglig ledelse for.

Ønsket om, at flertallet af medlemmerne af bestyrelsen i investeringsforvaltningsselskabet ikke tillige må deltage i depotselskabets ledelse, skyldes, dels at depotselskabet skal udføre de i § 105 nævnte kontrolfunktioner, dels at investeringsforvaltningsselskabet som daglig ledelse for en forening på dennes vegne skal forhandle med depotbanken og de, der rådgiver foreningen og markedsfører deres andele, ligesom investeringsforvaltningsselskabet skal vurdere og kontrollere, at disse overholder deres forpligtelser overfor foreningen.

Da der kan opstå interessekonflikter mellem foreningen og det selskab, der fungerer som depotbank for foreningen, er det mest hensigtsmæssigt, hvis investeringsforvaltningsselskaber har en uafhængig ledelse, som ikke er inhabil i forhold til selskaber, som foreningen indgår aftaler og samarbejder med.

Det er som hidtil muligt at have fuldt sammenfald mellem bestyrelserne for investeringsforvaltningsselskabet og en forening, som administreres af investeringsforvaltningsselskabet.”

Af bemærkningerne til ændringen til § 98 i lovforslag nr. L 11 fremsat den 8. oktober 2003 fremgår det, at

“Det foreslås som noget nyt, at flertallet af medlemmerne af bestyrelsen for et investeringsforvaltningsselskab ikke må være medlemmer af bestyrelsen for eller ansat i selskaber, som en forening eller andre investeringsordninger, som administreres af investeringsforvaltningsselskabet, har indgået væsentlige aftaler med, eller være medlem af bestyrelsen for eller ansat i andre selskaber, som er koncernforbundne med disse selskaber.

Bestemmelsen er en skærpelse af en eksisterende bestemmelse, således at bestemmelsen tillige vedrører bestyrelsesposter og ansættelser i selskaber, som en forening eller andre investeringsordninger, som administreres af det pågældende investeringsforvaltningsselskab, har indgået væsentlige aftaler med. Der vil dog blive indsat en overgangsbestemmelse, således at bestyrelsesmedlemmer, der ved lovens ikrafttræden varetager hverv eller ansættelser, som er omfattet af forbuddene i forslaget § 3, nr. 13, kan fortsætte som bestyrelsesmedlemmer i investeringsforvaltningsselskabet indtil udløbet af den periode, hvor de er valgt. Herefter kan de ikke genvælges.

Med bestemmelsen pålægges der restriktioner for den indflydelse, som andre selskaber, som en forening har indgået væsentlige aftaler med, kan udøve i foreningens investeringsforvaltningsselskab Dette er et væsentligt led i de værnsregler, som i det samtidig fremsatte lovforslag om investeringsforeninger og specialforeninger og andre kollektive investeringsordninger m.v. foreslås indført til afløsning af Finanstilsynets hidtidige forbud imod, at foreningens depotselskab tillige må eje foreningens investeringsforvaltningsselskab.

Et andet selskab, som foreningen har indgået væsentlige aftaler med, kan være et selskab, som foreningen har indgået aftaler med om f.eks. investeringsforvaltning, investeringsrådgivning, værdipapirhandel eller markedsføring. Væsentlighedskriteriet anses for opfyldt, hvis aftalen vedrører foreningens kernefunktioner, eller den efter foreningens forhold er af betydelig økonomisk størrelse.

Det fremgår af § 101, stk. 1, i FIL, at investeringsforvaltningsselskaber ved administration af investeringsforeninger og specialforeninger skal handle uafhængigt og udelukkende i foreningens interesse.

Ifølge stk. 2 skal investeringsforvaltningsselskaber i den daglige ledelse varetage interesserne for den eller de foreninger, de administrerer, bedst muligt.

Investeringsforvaltningsselskaber skal i medfør af § 101, stk. 3 undgå interessekonflikter mellem sig selv og foreningerne, mellem selskaber, som det er i koncern med, og foreningerne og mellem foreningerne indbyrdes. Når sådanne interessekonflikter ikke kan undgås, skal forvaltningsselskabet oplyse de enkelte berørte foreningers bestyrelse herom.

Det fremgår af bemærkningerne til § 101, at

“det understreges, at investeringsforvaltningsselskaber skal handle uafhængigt og udelukkende i investorernes interesser, og at de i deres daglige ledelse skal varetage interesserne for den eller de foreninger, de administrerer, bedst muligt.

Et investeringsforvaltningsselskab er et selvstændigt aktieselskab med en direktion og bestyrelse, der har en almindelig selskabsretlig pligt til at handle i selskabets egne aktionærers interesser. Samtidigt er investeringsforvaltningsselskabet den daglige ledelse i en eller flere investeringsforeninger og specialforeninger, og det er i denne egenskab underkastet instruktionsbeføjelser fra foreningens bestyrelse og generalforsamling. Der er en risiko for, at investeringsforvaltningsselskabet kan komme ud i en interessekonflikt, hvor varetagelsen af hensynet til dets egne aktionærers interesser kan være i modstrid med varetagelsen af foreningernes interesser.

Sådanne interessekonflikter kan opstå i forbindelse med delegation af opgaver til selskaber i den koncern, investeringsforvaltningsselskabet er en del af. Som eksempler på handlinger, der ikke ville være i overensstemmelse med bestemmelsen kan nævnes, at investeringsforvaltningsselskabet træffer investeringsbeslutninger eller udnytter stemmerettigheder til gavn for samhandelspartnere i stedet for at vurdere, hvad der er bedst for den pågældende forening.

Et investeringsforvaltningsselskab kan administrere flere forskellige foreninger. Der kan derfor også forekomme situationer, hvor der opstår interessekonflikter mellem foreningerne indbyrdes.

Som eksempler på handlinger, der ikke ville være acceptable, kan nævnes, at et investeringsforvaltningsselskab ikke tildeler værdipapirer købt til forskellige foreninger eller fordele opnået hos en samhandelspartner efter objektive kriterier og i stedet tilgodeser visse foreninger eller sig selv.

Sådanne interessekonflikter mellem investeringsforvaltningsselskabets ejere og foreningerne skal altid løses ved, at investeringsforvaltningsselskabet handler uafhængigt og i foreningernes interesse. Det betyder, at investeringsforvaltningsselskabets ejeres

interesser skal vige i tilfælde af en interessekonflikt med de administrerede foreningers interesser

Stk. 3 pålægger et investeringsforvaltningsselskab en generel pligt til altid at søge at undgå interessekonflikter mellem sig selv og foreningerne, mellem alle selskaber, som det er i koncern med, og foreningerne, og mellem foreningerne indbyrdes. Når sådanne interessekonflikter ikke kan undgås, skal investeringsforvaltningsselskabet oplyse de enkelte berørte foreningers bestyrelser herom. Det er op til de enkelte bestyrelser at træffe de forholdsregler, som de finder nødvendige for at imødegå interessekonflikterne.”

Ifølge § 26, stk. 2 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. (LIS) skal bestyrelsen bestå af mindst 3 medlemmer, der vælges af generalforsamlingen. Ingen medlemmer af bestyrelsen for en forening må være medlemmer af bestyrelsen for depotselskabet eller et andet selskab, som foreningen har indgået væsentlige aftaler med, eller ansat i depotselskabet eller et andet selskab, som foreningen har indgået væsentlige aftaler med, eller være medlem af bestyrelsen for eller ansat i andre selskaber, som er koncernforbundne med disse selskaber.

Ifølge LIS § 27, stk. 1 ansætter bestyrelsen en direktion, der varetager den daglige ledelse af foreningen, jf. dog stk. 3. Direktionen skal følge de retningslinjer og anvisninger, som bestyrelsen har givet. Den daglige ledelse omfatter ikke dispositioner, der efter foreningens forhold er af usædvanlig art eller af stor betydning. Sådanne dispositioner kan direktionen kun foretage efter særlig bemyndigelse fra bestyrelsen, medmindre bestyrelsens beslutning ikke kan afventes uden væsentlig ulempe for foreningens virksomhed. Bestyrelsen skal i så fald snarest muligt underrettes om den truffe disposition.

Ifølge stk. 3 kan den daglige ledelse i stedet overlades til et af Finanstilsynet godkendt investeringsforvaltningsselskab med hjemsted her i landet, således at de opgaver, der påhviler en forenings direktør, udføres af investeringsforvaltningsselskabets direktør. Bestemmelserne i stk. 1 finder tilsvarende anvendelse på det valgte investeringsforvaltningsselskab.

Finanstilsynets vurdering

Sagen drejer sig som nævnt om fortolkningen af de værnsregler, der blev indsat i lov om finansiel virksomhed og i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. i 2003 til beskyttelse af foreningerne, da den hidtidige praksis, om at depotselskabet ikke måtte eje administrationsselskabet, blev ændret. Værnsregleme skal beskytte foreningerne i de tilfælde, hvor deres investeringsforvaltningsselskab indgår i en koncern, hvori der er selskaber, som foreningen har indgået en væsentlig aftale med.

Behovet for værnsregler skyldes det forhold, at alle investeringsforeninger og specialforeninger samt fåmandsforeninger skal

have et depotselskab, og at de fleste foreninger bliver administreret af et investeringsforvaltningsselskab. Foreningerne, der er juridiske personer, som har en bestyrelse, indgår i de fleste tilfælde aftaler om investeringsrådgivning, markedsføring og værdipapirhandel med enten depotselskabet eller med et selskab, der indgår i koncern med foreningens investeringsforvaltningsselskab. Investeringsforvaltningsselskabets direktør og ansatte, der skal betjene bestyrelsen i foreningen, er således ansat i et selskab, der indgår i koncern med foreningens væsentligste samarbejdspartnere.

Dette er et usædvanligt forhold, idet foreningens bestyrelse skal lade sig betjene af personer, der også har en loyalitetsforpligtelse over for foreningens nærmeste samarbejdspartnere. Dette usædvanlige forhold er baggrunden for ordlyden i § 98, de to sæt bemærkninger til bestemmelsen og Finanstilsynets fortolkning.

Det er Finanstilsynets vurdering, at flertallet i en bestyrelse med tre medlemmer, består af to medlemmer. Flertallet i en bestyrelse med fire medlemmer består af 3 medlemmer, og at flertallet i en bestyrelse med fem medlemmer også består af 3 medlemmer.

Da bestyrelsen i K A/S har fire medlemmer, må flertallet, det vil sige tre af bestyrelsens medlemmer, ifølge ordlyden i § 98 i FIL hverken være medlemmer af bestyrelsen for et depotselskab eller et andet selskab, som en forening eller andre investeringsordninger, som administreres af K A/S, har indgået væsentlige aftaler med, eller være medlem af bestyrelsen for andre selskaber, som er koncernforbundne med disse selskaber.

Endvidere er det Finanstilsynets vurdering, at bemærkningerne til lovforslag nr. L 176 fremsat den 12. marts 2003 til Lov om finansiel virksomhed, der vedrørte bestyrelsesmedlemmers tilknytning til et depotselskab m.fl. svarer til ordlyden i § 98 for så vidt angår fortolkningen af, hvordan flertallet i selskabets bestyrelse må være. Det fremgår af bestemmelsen, at flertallet af medlemmerne af bestyrelsen for et investeringsforvaltningsselskab skal bestå af personer, der hverken er medlemmer af bestyrelsen for eller ansat i depotselskabet for en forening, som administreres af det pågældende investeringsforvaltningsselskab, eller medlem af bestyrelsen for eller ansat i andre selskaber i en koncern, som et sådant depotselskab er en del af.

Sagen er afgjort på det grundlag.

Ændringen af § 98 i lovforslag nr. L 11 fremsat den 8. oktober 2003 til Lov om ændring af lov om værdipapirhandel m.v., lov om finansiel virksomhed, m.fl. love blev fremsat, fordi man ved det lovforberedende arbejde til lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. blev opmærksom på, at de hensyn, der begrundede værnsregler i forhold til depotselskabet, også begrundede værnsregler i forhold til andre selskaber med hvem, foreningerne har indgået væsentlige aftaler.

Det fremgår af bemærkningerne til L 11, at

“Det foreslås som noget nyt, at flertallet af medlemmerne af bestyrelsen for et investeringsforvaltningsselskab ikke må være medlemmer af bestyrelsen for eller ansat i selskaber, som en forening eller andre investeringsordninger, som administreres af investeringsforvaltningsselskabet, har indgået væsentlige aftaler med, eller være medlem af bestyrelsen for eller ansat i andre selskaber, som er koncernforbundne med disse selskaber.

Endvidere fremgår det af bemærkningerne til L 11, at der med bestemmelsen pålægges restriktioner for den indflydelse, som andre selskaber, som en foreningen har indgået væsentlige aftaler med, kan udøve i foreningens investeringsforvaltningsselskab. Dette er et væsentligt led i de værnsregler, som i det samtidig fremsatte lovforslag om investeringsforeninger og specialforeninger og andre kollektive investeringsordninger m.v. foreslås indført til afløsning af Finanstilsynets hidtidige forbud imod, at foreningens depotselskab tillige må eje foreningens investeringsforvaltningsselskab.

Det er derfor stadig Finanstilsynets vurdering, at bestyrelsen i K A/S ikke opfylder betingelserne i § 98 i lov om finansiel virksomhed, idet det, der står i bemærkningerne til L 11 om “flertallet af bestyrelsens medlemmer”, svarer til det, der står i bemærkningerne til L 176.

...

Finanstilsynets bemærkninger til anken

Faktiske forhold

Det er Finanstilsynets vurdering, at sagen skal vurderes på baggrund af antallet af bestyrelsesmedlemmer og disses øvrige tilknytninger, og at der ikke i den foreliggende sag er grundlag for at foretage en vurdering af hvilke stemmerettigheder, der er tillagt formanden med flere. Dermed har Finanstilsynet dog ikke taget stilling til, om der er sager, hvor det kunne være af betydning at tage stilling til den stemmeret, de enkelte bestyrelsesmedlemmer har.

Lov, bemærkninger og formål

1. Det skyldes en fejl, som Finanstilsynet beklager, at tilsynet ikke i sin afgørelse har citeret og taget stilling til L 11's bemærkninger. Det er Finanstilsynets vurdering, at der med lovændringen ikke tilsigtedes andre ændringer af § 98 end tilføjjelsen af selskaber, som en administreret forening har indgået væsentlige aftaler med samt hermed koncernforbundne selskaber. De centrale dele af lovbestemmelsen er uændrede. I øvrigt henvises til det under “vurdering” anførte.

2. Det er som nævnt ovenfor Finanstilsynets vurdering, at Finanstilsynets fortolkning er i overensstemmelse med lovens ordlyd, idet flertallet af bestyrelsens medlemmer - her tre, da bestyrelsen har fire medlemmer - ikke må have tilknytning til selskaber, som en administreret forening har indgået væsentlige aftaler med, og koncernforbundne selskaber.

3. Finanstilsynet er enig med K A/S i, at der ikke er noget krav om, at en bestyrelse skal have et lige antal medlemmer, ligesom tilsynet er enig i, at bestemmelsen kunne have været udformet på en anden måde. Når den ikke er det, skyldes det, at formuleringen er en videreførelse af tilsvarende bestemmelser i lov om investeringsforeninger og specialforeninger om sammensætningen af foreningers og administrationsselskabers bestyrelse.

4. Bestemmelsen, om at et flertal af bestyrelsens medlemmer ikke må have tilknytning til et selskab, som en forening har indgået en væsentlig aftale med, samt hermed koncernforbundne selskaber, er et krav om, at bestyrelsen skal have et flertal, der er uafhængigt,

Kravet skal ses på baggrund af § 27, stk. 3 i LIS. Efter denne bestemmelse kan en forenings bestyrelse i stedet for at ansætte en direktør, overlade den daglige ledelse til et investeringsforvaltningsselskab, der får tilladelse til at administrere foreninger, og som i medfør af stk. 3, sidste punktum, jf. stk. 1 skal følge de anvisninger, som foreningens bestyrelse har givet.

Derfor er kravet i § 98 om et flertal af uafhængige bestyrelsesmedlemmer et supplement til bestemmelsen i 101 i lov om finansiel virksomhed. Disse interessekonflikter er ikke potentielle, som anført af K A/S. Årsagen hertil er, at de honorarer, som en forening betaler til selskaber, som yder investeringsrådgivning og markedsfører foreningens andele, udgør den væsentligste del af en forenings administrationsomkostninger. Disse honorarer reducerer derfor en forenings overskud.

5. Finanstilsynet er enig i, at de almindelige regler om selskabsretlige regler om habilitet også gælder for bestyrelsen i et investeringsforvaltningsselskab.

6. Finanstilsynet er enig i, at bestemmelserne i § 26, stk. 2 i LIS om sammensætningen af bestyrelsen i foreningerne er et vigtigt supplement til § 98 i FIL, ligesom FIL § 101 også er det. Imidlertid fjerner § 26, stk. 2 ikke de interessekonflikter, der er forårsaget af, at direktøren (og medarbejderne) i et investeringsforvaltningsselskab både udgør den daglige ledelse i en administreret forening og i medfør af § 27, stk. 1 i LIS skal følge de anvisninger, som foreningens bestyrelse giver og på den anden side er underlagt de almindelige selskabsretlige ledelsesbeføjelser i forhold til bestyrelsen i investeringsforvaltningsselskabet. Det er således direktionen og medarbejderne i investeringsforvaltningsselskabet, der skal lave oplæg og rapportere til bestyrelsen i foreningen og således tilvejebringe det grundlag, på hvilket en forenings bestyrelse skal træffe væsentlige beslutninger om at modtage investeringsrådgivning eller om markedsføring og salg af foreningens andele, idet de udgør de væsentligste omkostninger i en forening. Sådanne aftaler bliver i foreninger, hvor § 98 fortolkningen er relevant oftest indgået med selskaber i investeringsforvaltningsselskabets koncern eller pengeinstitutter, der er medejere af denne. Dette er et usædvanligt

forhold, idet foreningens bestyrelse skal lade sig betjene af personer, der også har en loyalitetsforpligtelse over for foreningens nærmeste mod- og samarbejdspartnere. Dette usædvanlige forhold er baggrunden for ordlyden i § 98, de to sæt bemærkninger til bestemmelsen og Finanstilsynets fortolkning.

EU reguleringen m v.

7. Finanstilsynet kan oplyse, at UCITS-direktivet regulerer investeringsselskaber, der ligesom de danske investeringsforeninger er juridiske personer, og som administrerer sig selv, samt fonde, som administreres af et administrationsselskab, og som ikke er juridiske personer. Disse fonde kan sammenlignes med pengeinstitutternes pensionspuljer.

I Danmark har det traditionelt været således, at investeringsforeninger i stedet for at administrere sig selv, ligesom UCITS-direktivet forudsætter, at investeringsselskaber gør, har overladt den daglige ledelse til et investeringsforvaltningsselskab (administrationsselskab). Indtil for få år siden ejede langt de fleste foreninger selv deres administrationsselskab, der havde samme bestyrelse som foreningen, hvorfor der ikke var de interessekonflikter, som Finanstilsynet har redegjort for ovenfor. Det er Finanstilsynets opfattelse, at det ikke har betydning for sagen, at UCITS-direktivet ikke regulerer det forhold, som denne sag drejer sig om.

8. Ledelsesforholdene i de af K A/S nævnte finansielle virksomheder er forskellige fra investeringsforvaltningsselskabernes ledelsesforhold. Direktionen og de ansatte i disse virksomheder er ikke underlagt to bestyrelser instruktionsbeføjelser og skal ikke betjene to bestyrelser, således som direktionen og de ansatte i et investeringsforvaltningsselskab skal. Det er væsentligt i denne forbindelse, at de to parter (bestyrelsen i foreningen og bestyrelsen i investeringsforvaltningsselskabet) på væsentlige områder (de mest omkostningstunge områder) har modsat rettede interesser, idet foreningernes indtjening ofte vil blive formindsket, når investeringsforvaltningsselskabets eller koncernens indtjening forøges.

...”

I skrivelse af 5. oktober 2005 har advokat I på vegne af K A/S anført:

”...

(1) Det fremgår nu, at Tilsynets standpunkt baserer sig på en tese om et "reelt" flertal ... Dette har imidlertid ikke hjemmel i ordlyden af § 98 i lov om finansiell virksomhed (FIL), der taler om flertallet af bestyrelsens medlemmer, som "*hverken må være medlemmer af ... (nærmere specifikation)*". Bemærkningerne til lovforslag L 11 (oktober 2003) er i overensstemmelse hermed, og udtrykker ligesom lovens ordlyd klart bestemmelsens indhold som negativ i den forstand, at den foreskriver, hvad flertallet ikke må omfatte, men ikke positivt hvordan bestyrelsens

flertal skal sammensættes. Det er denne sproglige klarhed, som Tilsynet gennem anvendelsen af ordet "*reelt*" søger at udviske.

Den realitet, som loven tilsigter at skabe, er at de såkaldt "uafhængige" medlemmer af bestyrelsen i et investeringsforvaltningsselskab ikke skal kunne majoriseres af såkaldt "ikke-uafhængige" bestyrelsesmedlemmer, i klagerens indlæg af 15. juli 2005 kaldet X ... I K A/S' tilfælde betyder sammensætningen (2:2), at der ikke kan træffes beslutninger uden om eller i strid med de "uafhængige" bestyrelsesmedlemmers standpunkt. Alle bestyrelsesmedlemmerne har samme stemme (formanden har ikke forøget stemme). I denne forbindelse må det også fremhæves, at FIL gennem reglen i § 101 sikrer, at administrationen af investeringsforeninger og specialforeninger sker uafhængigt og udelukkende i foreningernes interesse.

Dette viser også i reelle termer, at der ikke er et behov for, at der skal være et positivt flertal i bestyrelsen af de såkaldt "uafhængige" bestyrelsesmedlemmer. Det er ikke fornødent.

Bestemmelsen i § 26, stk. 2, i lov om investeringsforeninger og specialforeninger og andre kollektive investeringsordninger m.v. (LIS) understreger også som et eksempel det foran nævnte.

Det er derfor ikke rigtigt, når Finanstilsynet ... som sin "*vurdering*" anfører, at det fremgår af FIL § 98, at "*flertallet af medlemmerne af bestyrelsen for et investeringsforvaltningsselskab skal bestå af personer ... (der er uafhængige)*". Det pågældende udtryk er jo netop ikke lovens ordlyd. Tværtimod.

(2) Om enkelte konkrete bemærkninger i Finanstilsynets redegørelse bemærkes følgende:

Der er for så vidt ikke noget usædvanligt i, at "*foreningens bestyrelse skal lade sig betjene af personer, der også har en loyalitetsforpligtelse over for foreningens nærmeste samarbejdspartnere*" ... Denne problemstilling er kendt i andre erhvervsforhold, og er i øvrigt en problemstilling, som er temmelig almindeligt forekommende.

Der er ingen tvivl om, at et flertal i en bestyrelse med 3 medlemmer består af 2 medlemmer, og tilsvarende består flertallet i en bestyrelse med 4 medlemmer af 3 medlemmer. Det er ubestrideligt rigtigt. Men det fører ikke til det resultat, som Finanstilsynet forfægter i sin redegørelse. Det betyder, at flertallet (det vil sige 3 personer) af K A/S' bestyrelse ikke må være "afhængige" af de interesser, som nærmere er beskrevet i FIL § 98. Men det er heller ikke tilfældet.

Motiverne til L 196 af 12. marts 2003 står i modsætning til motiverne til lovforslag L 11 af 8. oktober 2003. Motivteksten er klar på dette punkt, men der er i øvrigt ikke grund til overvejelser om "*lovgivers intentioner*". Allerede lovens ordlyd hjemler ikke Finanstilsynets fortolkning af FIL § 98.

Finanstilsynets gengivelse af klagerens brev af 15. juli 2005 kan ikke i alle enkeltheder tiltrædes.

Når Finanstilsynet ... anfører, at der ikke i den foreliggende sag "*er grundlag for at foretage en vurdering af hvilke stemmerettigheder, der er tillagt formanden med flere*", henviser jeg til det foran anførte herom. Hvis eksempelvis formandens stemme var tillagt dobbelt vægt i K A/S, kunne der derved opstå et flertal i en bestyrelse bestående af et lige antal medlemmer, men det er netop ikke tilfældet i denne sag.

Finanstilsynets hypotese ... om hvorfor der ikke i loven er et krav om, at bestyrelsen skal have et lige antal medlemmer (eller et ulige antal medlemmer), bestrides. Loven indeholder ikke ifølge sin ordlyd noget krav herom. FIL § 98 er heller ikke et krav om, at "*bestyrelsen skal have et flertal, der er uafhængigt*" ...

Tilsynets overvejelser om FIL § 98 og § 101 som supplement hertil er næppe træffende for denne sags bedømmelse. Det er vel et spørgsmål, om § 101 har reelt indhold, hvis § 98 skal forstås som hævdet af Finanstilsynet.

..."

I skrivelse af 11. november 2005 har Finanstilsynet yderligere bemærket:

"...

Ad 1. Finanstilsynets udtalelse til de generelle bemærkninger i indlægget A. Finanstilsynet skal indledningsvist henvise til, at sagen drejer sig om fortolkningen af de værnsregler, der findes i FIL og LIS, og som skal beskytte foreningerne i de tilfælde, hvor deres investeringsforvaltningsselskab indgår i en koncern, hvori der er selskaber, som foreningerne har indgået en væsentlig aftale med ...

I disse tilfælde skal en forenings bestyrelse lade sig betjene af personer, der også har en loyalitetsforpligtelse over for foreningens nærmeste samarbejdspartnere. Dette usædvanlige forhold er baggrunden for ordlyden i § 98, de to sæt bemærkninger til bestemmelsen og Finanstilsynets fortolkning.

Det fremgår af bestemmelsen, at flertallet af bestyrelsens medlemmer i et investeringsforvaltningsselskab skal bestå af personer, der hverken er medlemmer af bestyrelsen for eller ansat i depotselskabet for en forening, som administreres af det pågældende investeringsforvaltningsselskab, eller medlem af bestyrelsen for eller ansat i andre selskaber i en koncern, som et sådant depotselskab er en del af.

Som anført i Finanstilsynets tidligere udtalelse, er det tilsynets vurdering, at flertallet i en bestyrelse med fire medlemmer består af 3 medlemmer.

Da bestyrelsen i K A/S har fire medlemmer, må flertallet, det vil sige tre af bestyrelsens medlemmer, ifølge ordlyden i § 98 i FIL hverken være medlemmer af bestyrelsen for et depotselskab eller et andet selskab, som en forening eller andre investeringsordninger, som administreres af K A/S, har indgået væsentlige aftaler med, eller være medlem af bestyrelsen for andre selskaber, som er koncernforbundne med disse selskaber. Tilsynet brugte ordet ”reelt” for at tydeliggøre det, sagen drejer sig om ... Ordet ”reelt” gør ikke i sig selv nogen forskel.

Endvidere er det stadig Finanstilsynets vurdering, at bemærkningerne til lovforslag nr. L 11 fremsat den 8. oktober 2003 til lov om ændring af lov om værdipapirhandel m.v., lov om finansiel virksomhed, m.fl. svarer til bemærkningerne til lovforslag nr. 176 fremsat den 12. marts 2003 til lov om finansiel virksomhed samt ændringen af § 98 i FIL, idet det, der står i bemærkningerne til L 11 om ”flertallet af bestyrelsens medlemmer”, svarer til det, der står i bemærkningerne til L 176 vedrørende forholdet til depotselskabet, ligesom de centrale dele af lovbestemmelsen er uændrede.

B. Finanstilsynet er enig i, at bestyrelsessammensætningen i K A/S (2:2) for en umiddelbar betragtning betyder, at der ikke kan træffes beslutninger uden om eller i strid med de uafhængige medlemmers standpunkt, når samtlige bestyrelsesmedlemmer har lige stemmeret og er til stede.

Heroverfor skal Finanstilsynet dog anføre, at vedtægternes bestemmelse om ”beslutningsdygtighed, når et flertal af medlemmerne er til stede”, betyder, at de to afhængige bestyrelsesmedlemmer er beslutningsdygtige, når ét af to øvrige bestyrelsesmedlemmer ikke er til stede.

Det ændrer imidlertid ikke Finanstilsynets vurdering af, at bestemmelsen i § 98 i FIL, om at et flertal af bestyrelsens medlemmer ikke må have tilknytning til et selskab, som en forening har indgået en væsentlig aftale med, samt hermed koncernforbundne selskaber, er et krav om, at bestyrelsen skal have et flertal, der er uafhængigt. Det er således Finanstilsynets vurdering, at den konkrete sag skal vurderes på baggrund af antallet af bestyrelsesmedlemmer og disses øvrige tilknytninger, hvorfor der ikke er grundlag for at foretage en vurdering af hverken stemmerettigheder eller beslutningsdygtighed. Dette kan dog blive aktuelt i andre sager.

C. Finanstilsynet er enig i, at både § 101 i FIL og § 26, stk. 2 i LIS har sammenhæng med bestemmelsen i FIL § 98. Finanstilsynet mener dog ikke, at de først nævnte bestemmelser bevirker, at kravet i § 98 derved er overflødig. Bestemmelsen om at et flertal af bestyrelsens medlemmer ikke må have tilknytning til et selskab, som en forening har indgået en væsentlig aftale med, samt hermed koncernforbundne selskaber, er et krav om, at bestyrelsen skal have et flertal, der er uafhængigt.

Kravet i § 98 om et flertal af uafhængige bestyrelsesmedlemmer [er] et supplement til bestemmelsen i § 101 i lov om finansiel virksomhed om

at administrationen af foreninger skal være uafhængig og udelukkende i foreningernes interesse ...

Heller ikke bestemmelsen i § 26, stk. 2 i LIS om bestyrelsessammensætningen i foreningerne fjerner de interessekonflikter, der er forårsaget af, at direktøren (og medarbejderne) i et investeringsforvaltningsselskab både udgør den daglige ledelse i en administreret forening og i medfør af § 27, stk. 1 i LIS skal følge de anvisninger, som foreningens bestyrelse giver og på den anden side er underlagt de almindelige selskabsretlige ledelsesbeføjelser i forhold til bestyrelsen i investeringsforvaltningsselskabet. Finanstilsynet er derfor uenig i, at der ikke skulle være behov for et positivt flertal af uafhængige bestyrelsesmedlemmer i et investeringsforvaltningsselskab.

Ad 2. Finanstilsynets udtalelse til de konkrete bemærkninger i indlægget
D. I anfører, at problemstillingen vedrørende personer, som tillige har en loyalitetsforpligtelse over for en – i dette tilfælde – forenings nærmeste samarbejdspartnere, er kendt fra andre erhvervsforhold. Finanstilsynet skal derfor meddele, at denne problemstilling med bestemmelsen i FIL § 98 netop er søgt afklaret for så vidt angår foreninger og investeringsforvaltningsselskaber ...

E. Hvad angår indholdet af motiverne til henholdsvis L 176 af 12. marts 2003 og L 11 af 8. oktober 2003, skal Finanstilsynet gentage, at der ikke med lovændringen var tilsigtet nogen realitetsændring af bestemmelsen i § 98 i FIL, ud over tilføjelsen af, at også afhængighedsforhold til andre selskaber end depotselskabet, hvormed en forening har indgået væsentlige aftaler, skulle undgås ...

F. Finanstilsynet er enig med advokat I i, at der kunne opstå et flertal i en bestyrelse med et lige antal medlemmer, hvis eksempelvis formandens stemme var tillagt dobbelt vægt i K A/S. Imidlertid er det Finanstilsynets vurdering, at den konkrete sag skal vurderes på baggrund af antallet af bestyrelsesmedlemmer og disses øvrige tilknytninger, hvorfor det er unødvendigt at foretage en vurdering af stemmerettigheder ...

G. Det er Finanstilsynets vurdering, at det fremgår af såvel ordlyd som bemærkninger til § 98 i FIL, at et investeringsforvaltningsselskabs bestyrelse skal have et flertal, der er uafhængigt af den koncern, som investeringsforvaltningsselskabet er en del af ...

Endvidere skal Finanstilsynet henvise til, at formuleringen af bestemmelsen af § 98 i FIL til dels er en videreførelse af tilsvarende bestemmelser i lov om investeringsforeninger og specialforeninger om sammensætningen af foreningers og administrationselskabers bestyrelse, hvor der ikke var noget krav om, at en bestyrelse skal have et lige antal medlemmer.

H. Finanstilsynet skal henvise til tilsynets udtalelse ... vedrørende sammenhængen mellem § 98 og § 101 i FIL. Endvidere skal Finanstilsynet henlede opmærksomheden på, at § 101 gælder for både investeringsforvaltningsselskabet bestyrelse og direktion, ligesom det

fremgår af bestemmelsens stk. 3, hvordan eventuelle interessekonflikter, som er opstået, skal håndteres. Bestemmelsen gælder i øvrigt for alle investeringsforvaltningsselskaber uanset ejerforhold.

...”

I skrivelse af 7. december 2005 har advokat I hertil bemærket:

”...

Finanstilsynet kommer ... ind på spørgsmålet om bestyrelsens beslutningsdygtighed og aktieselskabslovens regel i § 57, stk. 1, hvorefter *"bestyrelsen er beslutningsdygtig, når over halvdelen af samtlige medlemmer er til stede, for så vidt der ikke efter vedtægterne stilles større krav"*. Finanstilsynets bemærkninger det pågældende sted ... er en analyse af den situation, der kan opstå i en bestyrelse, der består af 4 medlemmer, hvoraf 2 er såkaldt "afhængige" bestyrelsesmedlemmer, medens de 2 øvrige er såkaldt "uafhængige" bestyrelsesmedlemmer. Finanstilsynets analyse det pågældende sted er rigtig, men den føres ikke til ende. Det af Finanstilsynet påpegede fænomen er nemlig ikke særegen for den pågældende bestyrelsessammensætning. Fænomenet er generelt. Det gælder også ved andre bestyrelsessammensætninger. Tænker man sig eksempelvis en bestyrelse sammensat af 7 personer og følger Finanstilsynets tankegang, således at 4 af disse er såkaldt "uafhængige", medens 3 af bestyrelsesmedlemmerne er såkaldt "ikke uafhængige", vil forfald af 2 såkaldt "uafhængige" medlemmer ikke betyde, at bestyrelsen ikke er beslutningsdygtig, jfr. aktieselskabslovens ovenfor citerede regel. Også i denne situation vil de 3 såkaldt "ikke uafhængige" bestyrelsesmedlemmer kunne træffe beslutning og majorisere de øvrige såkaldt "uafhængige" bestyrelsesmedlemmer, der ikke har haft forfald i det pågældende møde. Da Finanstilsynet efter sit eget udsagn mener, at eksempelvis en bestyrelse sammensat af 7 medlemmer, hvoraf de 4 er såkaldt "uafhængige", medens de øvrige ikke er det, ikke giver anledning til problemer i relation til reglerne i lov om finansiel virksomhed m.v., er den pågældende overvejelse ikke træffende for afgørelsen af den foreliggende sag.

...”

Ved skrivelser af 17. januar 2006 og 10. marts 2006 er henholdsvis Finanstilsynet og advokat I fremkommet med yderligere bemærkninger til sagen.

Ankenævnet har ikke fundet grundlag for at imødekomme en anmodning fra advokat I om mundtlig forhandling af sagen.

Ankenævnet udtaler:

I lov om finansiel virksomhed § 98 som ændret ved lov nr. 1171 af 19. december 2003 hedder det:

”Flertallet af bestyrelsens medlemmer i et investeringsforvaltningsselskab må hverken være medlemmer af bestyrelsen for et depotselskab eller et andet selskab, som en forening eller andre investeringsordninger, som administreres af det pågældende investeringsforvaltningsselskab, har indgået væsentlige aftaler med, eller være ansat i depotselskabet eller i et andet selskab, som en forening, eller andre investeringsordninger, som administreres af det pågældende investeringsforvaltningsselskab, har indgået væsentlige aftaler med, eller være medlem af bestyrelsen for eller ansat i andre selskaber, som er koncernforbundne med disse selskaber.”

I lovforslagets bemærkninger til nævnte ændring af § 98 i lov om finansiel virksomhed hedder det blandt andet (Folketingstidende 2003/2004, tillæg A, s. 312):

”Det foreslås som noget nyt, at flertallet af medlemmerne af bestyrelsen for et investeringsforvaltningsselskab ikke må være medlemmer af bestyrelsen for eller ansat i selskaber, som en forening eller andre investeringsordninger, som administreres af investeringsforvaltningsselskabet, har indgået væsentlige aftaler med, eller være medlem af bestyrelsen for eller ansat i andre selskaber, som er koncernforbundne med disse selskaber.”

Der er mellem K A/S og Finanstilsynet enighed om, at to af de i alt fire medlemmer af bestyrelsen for K A/S har en tilknytning til selskaber som omhandlet i § 98 i lov om finansiel virksomhed, og at de to øvrige bestyrelsesmedlemmer ikke har en sådan tilknytning.

Da flertallet af medlemmer af bestyrelsen for K A/S således ikke har en tilknytning til selskaber som omhandlet i § 98 i lov om finansiel virksomhed, er sammensætningen af bestyrelsen for K A/S ikke i strid med denne lovbestemmelse.

Ankenævnet ophæver derfor Finanstilsynets afgørelse af 1. juli 2005.

3) Kendelse af 26. oktober 2006 (J.nr. 2005-0002561).

Livsforsikringssselskab påbudt at bringe de af selskaberne ændrede regler for beregning af bonustillæggsforsikringer i overensstemmelse med rimelighedsprincippet i lov om finansiel virksomhed § 21.

Lov om finansiel virksomhed § 20, stk. 1, nr. 2 og § 21, stk. 1, stk. 5 og stk. 6 og kontributionsbekendtgørelsen § 5, stk. 2.

(Cato Baldvinsson, Holger Dock, Lise Høgh, Suzanne Helsteen og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 21. april 2004 har advokat A på vegne af K1 A/S og K2 A/S (herefter K A/S) klaget over Finanstilsynets afgørelser af 26. marts 2004, hvorved tilsynet har påbudt selskaberne at bringe de af selskaberne anmeldte ændrede regler for beregning af bonustillæggsforsikringer i overensstemmelse med rimelighedsprincippet i lov om finansiel virksomhed § 21.

Klagen har været tillagt opsættende virkning.

Sagens omstændigheder:

I to enslydende afgørelser af 26. marts 2004 fra Finanstilsynet til K A/S hedder det:

"I brev af 3. februar 2000 anmeldte selskabet ændrede regler for beregning af bonustillæggsforsikringer, herunder følgende regel:

"Fra 1. januar 2001 og indtil videre gælder:

For forsikringer med forsikringsdele på grundlag med over 4% p.a. i teknisk rente beregnes bonustillæggsforsikringer på det for forsikringen anvendte tekniske grundlag med teknisk rente 0,4785% p.a. (svarende til en opgørelsesrente på 0% p.a.)".

Finanstilsynet finder, at den anmeldte regel er i strid med rimelighedsprincippet, jf. § 21 i lov om finansiel virksomhed.

Tilsynets afgørelse er begrundet i følgende forhold:

1. Tegningsgrundlaget for den optjente bonus vil med reglen afhænge af hvilken bonusanvendelse, der er aftalt på policen, uanset at øvrige forhold måtte være identiske.

De kunder, der har valgt at få udbetalt bonus kontant, får med ændringen en fordel i forhold til de kunder, der har aftalt, at bonus anvendes til køb af tillæggsforsikring. Dette skyldes, at de kunder, der

har valgt at få udbetalt bonus kontant, kan indskyde den udbetalte bonus på nytegningsgrundlaget, dvs. 2 % grundlaget. De kunder, der har aftalt, at bonus anvendes til køb af tillægssikringer, har med den anmeldte regel ikke denne mulighed.

Forskellig bonusanvendelse indebærer - isoleret set - ingen forskel i selskabets risiko. Risikoen afhænger af det tegningsgrundlag, hvorpå bonus – uanset anvendelse - indskydes. I lyset af, at forsikringstagerne ikke omkostningsfrit har mulighed for at foretage et nyt valg for så vidt angår bonusanvendelsen, jf. punkt 3 nedenfor, indebærer reglen således en urimelig forskelsbehandling mellem forsikringstagere, der har valgt forskellig bonusanvendelse.

2. Den anførte regel gælder ikke for eksisterende forsikringer, hvor alle forsikringsdele har en teknisk rente lavere end 4 procent. For disse forsikringer anvender selskabet en teknisk rente på 2 % for bonustillægssikringer og præmieforhøjelser. Reglen gælder heller ikke for nye forsikringer. Nye forsikringer tegnes med en teknisk rente på 2 % og en teknisk rente på 2 % for bonustillægssikringer og præmieforhøjelser.

Forsikringstagere med en teknisk rente over 4 % stilles således ringere end forsikringstagere med en teknisk rente på under 4 %, uagtet at selskabets risiko forbundet med disse bonustillægssikringer er ens.

3. Ifølge det til Finanstilsynet oplyste, har selskabet ikke indhentet samtykke fra de berørte kunder til, at selskabet ved beregning af bonustillægssikringer for deres forsikringer anvender et teknisk grundlag med teknisk rente 0,4785 % p.a. (svarende til en opgørelsesrente på 0 % p.a.). De forsikringstagere, hvis forsikringer er omfattet af den omtalte anmeldelse, kan ikke protestere mod denne ændring, uden at de med store omkostninger skal ophæve kontrakterne.

Tilsynet skal bemærke, at det er selskabets ansvar at vurdere, om det er betryggende at tilskrive bonus og i hvilket omfang, der kan tilskrives bonus. Hvis der tilskrives bonus, skal det ske i overensstemmelse med det med kunderne aftalte og i overensstemmelse med lovgivningens rimelighedsprincip.

Finanstilsynet skal i medfør af § 21, stk. 6, i lov om finansiel virksomhed påbyde selskabet at ændre anmeldelsen af 3. februar 2000, således at den bringes i overensstemmelse med lovens rimelighedsprincip.

Finanstilsynet skal anmode om, at selskabet inden én måned indsender en redegørelse til Finanstilsynet om, hvordan selskabet agter at forholde sig i forhold til de nuværende kunder og for den økonomiske konsekvens, som Finanstilsynets afgørelse har for selskabet.

...”

I klageskrivelsen af 21. april 2004 har advokat A på vegne af K A/S anført følgende:

” ...

1. De påklagede afgørelser

Ved breve af 3. februar 2000 anmeldte en række liv- og pensions-selskaber under K A/S nogle ændringer i de bonusregulativer, som hidtil havde været gældende for selskaberne. Ændringerne vedrørte reglerne for den tekniske rente, der anvendes ved bonustillægssforsikringer. Der blev blandt andet anmeldt følgende nye regel:

”Fra 1. januar 2001 og indtil videre gælder:

For forsikringer med forsikringsdele på grundlag med over 4% p.a. i teknisk rente beregnes bonustillægssforsikringer på det for forsikringen anvendte tekniske grundlag med teknisk rente 0,4785% p.a. (svarende til en opgørelsesrente på 0% p.a.).

For øvrige forsikringer beregnes bonustillægssforsikringer på det for forsikringen anvendte tekniske grundlag med en opgørelsesrente svarende til den på tidspunktet for beregningen gældende maksimale grundlagsrente for nyttegning [...]”

Ved de påklagede afgørelser af 26. marts 2004 meddelte Finanstilsynet, at det første led i den anmeldte regel vedrørende bonustillægssforsikringer for forsikringer med over 4% p.a. i teknisk rente fandtes at være i strid med rimelighedsprincippet i § 21 i lov om finansiel virksomhed. ...

...

K A/S er uenig i Finanstilsynets opfattelse af, at det første led i den anmeldte regel er i strid med rimelighedsprincippet i § 21 i lov om finansiel virksomhed og nedlægger som følge heraf påstand om, at de ved de påklagede afgørelser meddelte påbud ophæves.

...”

I skrivelse af 10. juni 2004 har advokat A uddybet klagen:

” ...

1. Påstand

K A/S nedlægger påstand om, at påbudene meddelt ved Finanstilsynets afgørelser af 26. marts 2004 ophæves, subsidiært at sagerne hjemvises til Finanstilsynet til fornyet behandling.

...

3. Sagens omstændigheder

Sagen vedrører anmeldelser fra K A/S om størrelsen af grundlagsrenten på visse bonustillægsforsikringer tegnet af forsikringstagere, med hvem der er aftalt denne form for anvendelse af bonus.

I henhold til § 30, stk. 1, nr. 3, i lov om forsikringsvirksomhed, der var gældende på anmeldelsestidspunktet den 3. februar 2000, skulle et livsforsikringsselskab til Finanstilsynet anmelde ”regler for beregning og fordeling af overskud til forsikringstagerne og andre berettigede efter forsikringsaftalerne”.

Det var fastsat i § 31, stk. 1, at de anmeldte forhold skulle ”være betryggende og rimelige over for den enkelte forsikringstager og andre berettigede efter forsikringsaftalerne”.

Tilsvarende regler findes nu i lov om finansiel virksomhed, der trådte i kraft den 1. januar 2004. I henhold til § 20, stk. 1, nr. 3, skal reglerne for beregning og fordeling af realiseret resultat anmeldes. Kravene til, at de anmeldte forhold skal være betryggende og rimelige, fremgår af § 21, stk. 1.

Rimelighedsprincippet indebærer, at beregning og fordeling af realiseret resultat, herunder bonus, skal føre til en rimelig fordeling. Ifølge bestemmelsens forarbejder skal fordelingen afspejle det forhold, hvorefter der er bidraget til resultatet. Dette kontributionsprincip har siden 2001 været udmøntet i bekendtgørelsesform, senest bekendtgørelse nr. 247 af 2. april 2004.

Bonus kan anvendes på flere måder:

Ved tilskrevet bonus anvendes bonus til tegning af bonustillægsforsikringer, det vil sige forhøjelse af de aftalte forsikringsydelser.

Ved opsparet bonus anvendes bonus til en særskilt opsparing, der med tillæg af renter udbetales under ét, når forsikringstiden udløber.

Ved kontant bonus udbetales bonus med intervaller til den forsikredes arbejdsgiver.

Anvendelse af bonus er reguleret i forsikringsaftalen, som henviser til selskabets gældende bonusregulativer.

I 1970'erne var der for visse firmapensionsordninger mulighed for at vælge kontant bonus, som blev udbetalt til arbejdsgiveren, jf. afsnit 6.2 nedenfor. I dag er tilskrevet bonus den almindelige anvendelsesform.

K A/S anmeldte ved breve af 3. februar 2000 til Finanstilsynet en ændring af sine bonusregulativer. Ændringen angik den grundlagsrente, som gælder for bonustillægsforsikringer, og trådte i overensstemmelse med anmeldelserne i kraft den 1. januar 2001. Ændringen indebar, at bonustillægsforsikringer på forsikringer med høj grundlagsrente (over

4%) fremover ville blive tegnet med en lav grundlagsrente (en teknisk rente på 0,4785% svarende til en opgørelsesrente på 0%). Bonustillæggsforsikringer på forsikringer med grundlagsrente på under 4% ville fremover blive tegnet med en grundlagsrente svarende til den for nyttegning maksimalt tilladte.

Finanstilsynet fandt i sine afgørelser af 26. marts 2004, at forskellen i grundlagsrente for bonustillæggsforsikringer var i strid med kontributionsprincippet. ...

...

4. Manglende hjemmel

En så vidtgående beføjelse for Finanstilsynet, som de meddelte påbud forudsætter, kan ikke støttes på en udvidende fortolkning, men må have klar hjemmel i lovens tekst. Dette fortolkningsprincip har støtte i fast retspraksis, således Højesterets dom gengivet i UfR 1985.125 H.

Som hjemmel for påbudene henviser Finanstilsynet i afgørelserne af 26. marts 2004 til § 21, stk. 6, i lov om finansiel virksomhed. I § 21, stk. 6, er fastsat, at såfremt kravene i § 21, stk. 1, ikke er opfyldt, skal Finanstilsynet påbyde livsforsikringsselskabet at foretage de fornødne ændringer. § 21, stk. 1, henviser tilbage til § 20, stk. 1, hvorefter det tekniske grundlag, blandt andet vedrørende ”regler for beregning og fordeling af realiseret resultat”, jf. nr. 3, skal anmeldes. Efter § 21, stk. 2, skal de anmeldte regler for ”beregning og fordeling” af det realiserede resultat føre til en rimelig fordeling.

Afgørende for Finanstilsynets hjemmel til at meddele påbudene er, om de anmeldte forhold angår ”beregning og fordeling” af realiseret resultat, jf. § 20, stk. 1, nr. 3, og § 21, stk. 2, eller om der er tale om anvendelse af den del af resultatet, der er blevet fordelt som bonus.

Der er fastsat nærmere bestemmelser om ”beregning og fordeling” af realiseret resultat i bekendtgørelsen om kontributionsprincippet, der har hjemmel i § 21, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed.

Om ”beregning” er i § 2, stk. 1, fastsat, at der ved realiseret resultat forstås regnskabsperiodens forsikringstekniske resultat før overført investeringsafkast, pensionsafkast, tilskrivning af bonus og ændringer i kollektivt bonuspotentiale, særlige bonushensættelser mv.

”Fordeling” angår i henhold til forarbejderne til § 20, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed fordeling af realiseret resultat mellem de enkelte forsikringer, forsikringsbestanden som helhed, herunder kollektivt bonuspotentiale, og egenkapitalen. Fordeling af realiseret resultat mellem forsikringsbestanden og egenkapitalen er nærmere reguleret i § 4 i bekendtgørelsen om kontributionsprincippet (”det beregningsmæssige kontributionsprincip”). Den del af realiseret resultat, som herefter tilkommer forsikringsbestanden, fordeles mellem de enkelte forsikringer

i overensstemmelse med § 5 ("det fordelingsmæssige kontributionsprincip").

I forbindelse med udsendelse af den første bekendtgørelse om kontributionsprincippet anførte Finanstilsynet i brev af 9. februar 2001 til samtlige livsforsikringselskaber om bekendtgørelsens § 5, at "den regulerer ikke selve bonusanvendelsen". Heller ikke senere bekendtgørelser medtager bestemmelse om, hvorledes det beløb, som fordeles til de enkelte policer som bonus, skal eller kan anvendes. Baggrunden herfor er, at hjemlen for bekendtgørelsen i § 21, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed - på samme måde som hjemlen for påbudene i § 21, stk. 6 - er begrænset til "beregning og fordeling" af realiseret resultat. Hjemmelsbestemmelserne omfatter ikke anvendelse af resultat fordelt som bonus.

Til belysning af forskellen mellem "beregning og fordeling" på den ene side og "anvendelse" på den anden side kan peges på de foreløbige resultater af det arbejde, som Det Finansielle Virksomhedsråd igangsatte i december 2001. Formålet er på grundlag af en drøftelse mellem Finanstilsynet og Forsikring & Pension at udarbejde en rapport, hvori de grundlæggende principper for bonus beskrives. I det foreliggende udkast til rapporten er anført, jf. pkt. 3.1:

"Når en livsforsikringsvirksomheds ledelse beslutter at tilskrive bonus til de enkelte forsikringstagere, følger det af de aftaler, livsforsikringsvirksomheden har indgået, eller den praksis, livsforsikringsvirksomheden har fulgt, hvordan disse midler skal anvendes til fordel for de forsikrede.

Der er ikke i tilsynslovgivningen regler for anvendelse af bonus, og det er således op til den enkelte livsforsikringsvirksomhed at aftale bonusanvendelsen med forsikringstagerne. Bonusanvendelsen er ikke en del af det tekniske grundlag. Det tekniske grundlag, jf. LfV § 30, stk. 1, nr. 3, omfatter alene reglerne for beregning og fordeling af realiseret resultat. Historisk har mange livsforsikringsvirksomheder imidlertid i bonusregulativet, som er anmeldt til tilsynet i henhold til LfV § 30, stk. 1, nr. 3, angivet, hvilke muligheder for bonusanvendelse livsforsikringsvirksomheden tilbyder. Dette ændrer imidlertid ikke på det forhold, at det af aftalerne skal fremgå, hvilken bonusanvendelse der er aftalt. I praksis har der i mange tilfælde alene været tale om en generel henvisning til bonusregulativet."

Senere i rapporten tilføjes, jf. pkt. 4.2:

"Bonusanvendelsen er ikke en del af det tekniske grundlag, der skal anmeldes til Finanstilsynet, men historisk er der forskel mellem livsforsikringsvirksomhederne på, om bonusregulativet kun regulerer forhold af offentligretlig karakter, så regulativet 'alene' er et mellemværende mellem Finanstilsynet og livsforsikringsvirksomheden, eller om også bonusanvendelsen er en del af det anmeldte bonusregulativ ...

Det forhold, at livsforsikringsvirksomhederne har anmeldt bonusanvendelsen som en del af det anmeldte bonusregulativ, indebærer imidlertid ikke, at Finanstilsynet har en hjemmel til at vurdere, om bonusregulativets indhold vedrørende bonusanvendelse er rimelig.”

Der har været enighed om de gengivne afsnit mellem Finanstilsynet og Forsikring & Pension.

Anvendelse af bonus, eksempelvis valg mellem kontant og tilskrevet bonus, eller vilkår for tegning af bonustillægssikring, ligger uden for § 30, stk. 1, nr. 3, i lov om forsikringsvirksomhed og den tilsvarende bestemmelse i § 20, stk. 1, nr. 3, i lov om finansiel virksomhed samt øvrige bestemmelser om det tekniske grundlag. Praksis i blandt andet K A/S for at omtale bonusanvendelse i bonusregulativerne ændrer ikke herpå.

Det følger af det anførte, at der ikke i medfør af § 21, stk. 6, kan udstedes påbud angående bonusanvendelse. Sådanne påbud vil være i strid med bestemmelsens ordlyd og uden støtte i praksis.

Hjemlen i § 21, stk. 6, omfatter heller ikke administration af de enkelte forsikringsaftaler på grundlag af forhold anmeldt i medfør af § 20, stk. 1, ligesom bedømmelse af følgerne for den enkelte forsikringsaftale af en ændring af anmeldte forhold ligger uden for Finanstilsynets kompetence.

Den ændring, som K A/S anmeldte den 3. februar 2000, angik ikke beregning og fordeling af realiseret resultat, herunder bonus. Ændringen havde således ikke betydning for, hvilke dele af det realiserede resultat der blev fordelt til de enkelte forsikringstagere. Denne fordeling foretages efter hidtidige principper. Derimod angik ændringen anvendelse af de således fordelte beløb til tegning af bonustillægssikringer med bestemte grundlagsrenter. At ændringen angik anvendelse af bonus - modsat beregning og fordeling - fremgår udtrykkeligt af Finanstilsynets afgørelser af 26. marts 2004, hvor ordet ”bonusanvendelse” anvendes adskillige gange.

Finanstilsynets påbud er således uden hjemmel i lovgivningen og må ophæves.

Anvendelse af bonus hviler på forsikringsaftalen og er et forhold mellem selskabet og forsikringstagerne. Det er forsikringstagerne - ikke Finanstilsynet - som eventuelt ville kunne fremsætte krav over for selskabet. Måske det er forklaringen på, at Finanstilsynet i sine afgørelser af 26. marts 2004 knytter bemærkninger til den aftalemæssige hjemmel for ændringen af bonusregulativerne, jf. afsnit 6.2 afslutningsvis.

5. Processuelle anbringender

For det tilfælde, at Ankenævnet finder, at Finanstilsynets påbud har hjemmel i § 21, stk. 6, i lov om forsikringsvirksomhed, anføres i afsnit 5 og 6 yderligere anbringender til støtte for K A/Ss påstand.

5.1 Påbudenes indhold

De meddelte påbud savner et præcist, retligt indhold, idet K A/S i henhold til ordlyden blot pålægges at ”ændre anmeldelsen af 3. februar 2000, således at den bringes i overensstemmelse med lovens rimelighedsprincip”.

I henhold til § 21, stk. 6, i lov om finansiel virksomhed ”skal Finanstilsynet påbyde livsforsikringsselskabet at foretage de fornødne ændringer”. Finanstilsynet har imidlertid ikke anført, hvilke ændringer der måtte være fornødne. Ej heller har Finanstilsynet anført, hvilket tidspunkt ændringerne skal have virkning fra.

Der er fast retspraksis for, at påbud, som ikke kan efterkommes, er ugyldige. Princippet anvendes, såfremt påbudet ikke kan efterkommes som følge af faktiske hindringer, således i UfR 1976.301 H angående et påbud om lovliggørelse af installationer meddelt en installatør, som var ophørt med sin virksomhed. Det samme princip anvendes, såfremt hindringen består i retlige forhold, som adressaten ikke er herre over. I UfR 1994.680 H fastslog Højesteret, at et påbud til en långiver, hvis efterlevelse krævede ændring af en bestående låneaftale med bindende virkning også for låntager, måtte have klar lovhjemmel. Princippet må tillige anvendes, hvor hindringen for, at påbudet ikke kan efterkommes, er påbudets manglende retlige indhold.

Poul Andersen anfører i ”Dansk Forvaltningsret”, 5. udgave (1965), side 424:

”I Processen er det en Grundsætning, at Domme skal have en vis endelig og bestemt Karakter, og noget tilsvarende maa gælde for Forvaltningsakter. Mangler en Forvaltningsakts Indhold den fornødne Bestemthed, er den ugyldig.”

Helt tilbage i UfR 1898.680 H tiltrådte Højesteret, at et tilhold meddelt en virksomhed var ugyldigt, ”eftersom der savnes ethvert Holdepunkt for, med hvilke Begrænsninger Driften vilde være at udøve for ikke at komme i Strid med Tilholdet”. Poul Andersen nævner en række yderligere tilfælde, hvortil fra nyere praksis kan tilføjes UfR 1997.1319, UfR 1997.1557 og UfR 1999.286 omtalt i Carl Aage Nørgaard m.fl., ”Forvaltningsret: sagsbehandling”, 5. udgave (2001), side 281.

Det må antages at udgøre en væsentlig betingelse for Finanstilsynets hjemmel til at meddele påbud i medfør af lov om finansiel virksomhed, at adressaten for et påbud kan danne sig et fyldestgørende indtryk af indholdet.

Påbud, som ikke lever op til disse krav, er ikke gyldige påbud.

5.2 Sagsbehandlingstid

Sagsbehandlingstiden har været overraskende lang. Anmeldelserne blev indsendt til Finanstilsynet den 3. februar 2000, og der gik mere end fire år, før Finanstilsynets afgørelser forelå den 26. marts 2004.

Anmeldelserne blev modtaget i Finanstilsynet knap 11 måneder før deres ikrafttræden den 1. januar 2001. Finanstilsynet havde fornøden tid til forinden at afgøre, om den anmeldte ændring var i overensstemmelse med lovgivningen.

Eftersom K A/S ikke den 1. januar 2001 havde modtaget nogen henvendelse fra Finanstilsynet angående den anmeldte ændring, havde selskabet en berettiget forventning om, at ændringen var i overensstemmelse med lovgivningens krav.

I den forbindelse henvises til den redegørelse, som professor, dr.jur. Mogens Koktvedgaard på foranledning af Finanstilsynet afgav i 1991 om liberalisering vedrørende det aktuarmæssige tilsyn med livsforsikringsvirksomhed. Redegørelsen lå til grund for anmeldelsessystemets indførelse med lov nr. 1062 af 23. december 1992. I redegørelsen er anført, jf. side 29, at "[d]et ligger ... i sagens natur, at Finanstilsynet bør være særdeles tilbageholdende med at gribe ind over for forhold, der upåtalet har været benyttet i en længere periode".

Den omstændighed, at Finanstilsynets afgørelser i denne sag er fremkommet mere end tre år efter de anmeldte ændringers ikrafttræden, indebærer, at en omgørelse med virkning tilbage til 1. januar 2001 vil være ganske omkostningskrævende. De direkte omkostninger forbundet med en omgørelse vil udgøre et betydeligt millionbeløb. Hertil kommer en betydelig forøgelse af hensættelser som følge af øgede renterisici.

Under disse ekstraordinære omstændigheder bør sagsbehandlingstidens længde medføre, at Finanstilsynet ikke kan meddele påbud som de påklagede, såfremt de har tilbagevirkende kraft til den 1. januar 2001.

5.3 Partshøring

Finanstilsynets afgørelser hviler på en række antagelser om den faktiske udformning af blandt andet tegningsgrundlag og bonusanvendelse. I strid med forvaltningslovens § 19 blev K A/S ikke af Finanstilsynet gjort bekendt med antagelserne og fik derfor ikke lejlighed til at fremkomme med en udtalelse, inden påbudene blev udstedt.

Partshøring af K A/S kunne have haft væsentlig betydning for Finanstilsynets afgørelse. Som anført neden for i afsnit 6.2 er en række af Finanstilsynets antagelser ukorrekte og afgørelsesgrundlaget ufuldstændigt. Finanstilsynet har således ikke været bekendt med følgende forhold:

- at der for hver forsikringsaftale er én præmie og én ydelse, ligesom der udloddes ét bonusbeløb, hvorfor aftalens elementer, eksempelvis enkelte bonustillæggsforsikringer, ikke kan vurderes isoleret,
- at K A/S administrerer forsikringer således, at forsikringer tegnet med en høj grundlagsrente ikke vil få den gennemsnitlige grundlagsrente reduceret til et lavere niveau, end hvad der gælder for nytegning
- at bonus alene udbetales kontant på 171 policer, svarende til 0,06% af bestanden, der således ikke er egnede som grundlag for en sammenligning med tilskrevet bonus,
- at bonus på de 171 policer ikke udbetales til de enkelte forsikrede, men til deres arbejdsgivere, hvorfor de forsikrede ikke selv kan vælge at anvende det udbetalte beløb til tegning af yderligere forsikring,
- at bonus ved kontant udbetaling efterfulgt af nytegning ville blive reduceret som følge af omkostningsbidrag og arbejdsmarkedsbidrag samt eventuel personskat, og
- at de forsikrede i alle tilfælde ikke ville have krav på at kunne tegne sådan yderligere forsikring, idet tegning heraf modsat bonustillæggsforsikringer ikke er pligtmæssig for selskabet.

Det følger af retspraksis, herunder Højesterets domme gengivet i UfR 1999.1337 H og UfR 2000.1357 H, at manglende partshøring indebærer ugyldighed, medmindre forvaltningsmyndigheden kan godtgøre, at den manglende iagttagelse af høringsforskriften var uden afgørende betydning for afgørelsen. Kan det ikke udelukkes, at en afgørelse i tilfælde af partshøring var blevet en anden, er afgørelsen ugyldig, se hertil UfR 1996.1462 H og UfR 1999.581 H.

I den foreliggende sag kan det ikke udelukkes - og det forekommer endog sandsynligt - at Finanstilsynet havde undladt at udstede påbudene, såfremt afgørelsesgrundlaget havde været i overensstemmelse med de faktiske oplysninger. Tilsidesættelsen af den grundlæggende forvaltningsretlige regel - pligten til at partshøre - må medføre påbudenes ugyldighed.

6. Materielle anbringender ud over påbudenes hjemmel

Giver Erhvervsankenævnet ikke K A/S medhold i, at afgørelserne er ugyldige som følge af manglende hjemmel eller som følge af processuelle mangler - eller af disse grunde må hjemvises til Finanstilsynet til fornyet behandling - gør K A/S gældende, at afgørelserne hviler på en fejlagtig udlægning af lovgivningens principper om rimelighed og kontribution. Selv såfremt Erhvervsankenævnet måtte finde, at de meddelte påbud angår ”beregning og fordeling” af realiseret resultat underlagt Finanstilsynets kontrol, anmodes Ankenævnet således om at ophæve de meddelte påbud.

6.1 Ændringen af bonusregulativerne

Rimelighedsprincippet - som nu fastsat i § 21, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed - indebærer, at beregning og fordeling af realiseret resultat, herunder bonus, skal være betryggende og rimelig over for de enkelte forsikringstagere.

Ifølge bestemmelsens forarbejder gælder et kontributionsprincip, hvorefter fordelingen skal afspejle det forhold, hvormed der er bidraget til overskudsdannelsen. Ved vurderingen tages i fornødent omfang hensyn til forsikringernes forskellige karakteristika med hensyn til risici, omkostninger og forrentning, ligesom en rimelig fordeling vil afhænge af de konkrete forhold i forsikringsbestanden, herunder de kontraktmæssige forpligtelser over for de forsikrede. At kontributionsprincippet er udgangspunktet, indebærer, at den beregnede og fordelte bonus ikke varigt må afvige væsentligt herfra, medmindre andet følger af forsikringsaftalernes indhold.

Ved fordeling af bonus skal K A/Ss forsikringsaftaler således sammenholdes med hinanden. Med henblik herpå skal hver aftale ses som ét hele. Rimelighedsprincippet udtrykker ikke en fast og konkret regel, men en retlig standard, i forhold til hvilken forsikringsselskaberne må inddrømmes en betydelig skønsmargin.

I overensstemmelse med kontributionsprincippet kan ændringer i et bonusregulativ være begrundet i ændrede faktuelle forhold, eksempelvis udviklingen i markedsrenten eller den forventede levetid. Forinden anmeldelsen af en ændring af bonusregulativer, gennemgås ændringen nøje af K A/Ss ansvarshavende aktuar, som sikrer sig, at ændringen er i overensstemmelse med rimelighedsprincippet og betryggende for forsikringstagerne.

Finanstilsynets hjemmel til at meddele påbud i medfør af § 21, stk. 6, i lov om finansiel virksomhed må fortolkes på denne baggrund.

Hjemlen til at meddele påbud - og tilsidesætte den ansvarshavende aktuars vurdering af, hvad der er rimeligt og betryggende over for forsikringstagerne og andre berettigede - må være forbeholdt tilfælde af kvalificeret tilsidesættelse af rimelighedsprincippet.

Med ændringen anmeldt den 3. februar 2000 blev fastsat forskellige grundlagsrenter for bonustillægsforsikringer afhængigt af forsikringens oprindelige grundlagsrente. Denne ændring var i overensstemmelse med rimelighedsprincippet af følgende grunde:

For hver forsikringsaftale i K A/S er der én præmie og én garanteret ydelse. Tilsvarende beregnes og udloddes ét bonusbeløb pr. forsikringsaftale. Når bonus anvendes til tegning af bonustillægsforsikring, forhøjes den garanterede ydelse. Har bonustillægsforsikringen en anden grundlagsrente end den oprindelige forsikring, vil der ske en justering af forsikringens gennemsnitlige grundlagsrente.

Det er selskabets ansvar at vurdere, om og i hvilket omfang det er betryggende at tilskrive bonus. Vurderingen kan ikke foretages uafhængigt af bonusanvendelsen, herunder af tegningsgrundlaget for eventuelle bonustillæggsforsikringer. Jo højere grundlagsrente, desto større forpligtelser vil selskabet påtage sig ved tegning af bonustillæggsforsikringer, og desto mindre vil den bonus blive, som selskabet finder det betryggende at tilskrive.

Hovedprincippet i K A/S er, at alle forsikringsaftaler så vidt muligt inden for eget aftalegrundlag skal betale for egen risiko. Ydelsesgarantier beregnet på grundlag af en høj grundlagsrente indebærer en større finansiel risiko end ydelsesgarantier beregnet med en lav grundlagsrente. Jo højere grundlagsrenten er, desto større afkast kræves for, at ydelsesgarantien over tid kan opfyldes - og desto større er omkostningerne hertil i form af øgede hensættelser og mindre bonus til fordeling.

Som anført i Finanstilsynets rapport om betaling for rentegaranti fra 1998, jf. pkt. 3.3.1, kan kontributionsprincippet derfor indebære "et behov for, at de forsikringstagere, der har den høje garanti, betaler for den ekstra risiko, de indebærer for selskabet i forhold til forsikringstagere med den lavere garanti". Det gælder navnlig i år som de seneste, hvor markedsrenten ikke væsentligt overstiger den høje grundlagsrente. Betaling for en ekstra renterisiko kan ske ikke blot kontant og direkte, eksempelvis ved reduktion af bonus, men også på andre måder. I en konkret afgørelse af 26. november 2001 fandt Finanstilsynet det "foreneligt med lov om forsikringsvirksomhed, at selskaber, der hidtil har fastsat bonusrenten ud fra afkastet af selskabets samlede investeringer, således at alle forsikringer fik samme bonusrente (det såkaldte gennemsnitsprincip), i stedet opdeler forsikringsbestanden i delbestande efter renterisiko (investeringsgrupper) med hver sin investeringsstrategi, således at bonusrenten for de enkelte delbestande fastsættes ud fra afkastet af de pågældende investeringer". Af § 5, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 247 af 2. april 2004 om kontributionsprincippet fremgår:

"Fordelingen til de enkelte forsikringer skal afspejle, hvorledes de har bidraget til den bonus, der fordeles, herunder hvorledes forsikringer med forskellige karakteristika har bidraget. Der skal således ved denne fordeling tages fornødent hensyn til, hvorledes den bonus, der fordeles, stammer fra beregningsgrundlagets elementer, samt til de risici, forsikringerne indebærer, herunder forskellige renterisici."

K A/S har med ændringen anmeldt i 2000 taget hensyn til forskelle i renterisici ved at anvende forskellige grundlagsrenter for bonustillæggsforsikringer. Er den oprindelige forsikrings grundlagsrente høj, bliver bonustillæggsforsikringens grundlagsrente lav (svarende til en opgørelsesrente på 0%).

Ændringen har endnu ikke haft betydning for forsikringstagernes aktuelle depoter, idet kontorenten hvert år siden 2001 har ligget over

højeste grundlagsrente. Bonus er blevet fordelt uden hensyntagen til forskelle i forsikringsaftalernes grundlagsrenter. Det er først, når det realiserede resultat er beskedent og eventuelt negativt, og kontorenten som følge heraf mindre end højeste grundlagsrente, at det bliver af betydning, hvad grundlagsrenten er. Da vil en forsikring med høj grundlagsrente kunne få en større andel af afkastet på selskabets investeringer end forsikringer med lav grundlagsrente. Selskabet er forpligtet til at søge at forebygge en sådan situation, idet den vil være stridende mod kontributionsprincippet.

Den ændring, som K A/S anmeldte den 3. februar 2000, havde forebyggelse som sit formål. I forhold til forsikringer med høj grundlagsrente sættes grundlagsrenten på bonustillægsforsikringer lavt, hvorved grundlagsrenten for forsikringsaftalens elementer set under ét nærmer sig grundlagsrenten for andre, nyere forsikringer. Herved har K A/S sikret sig, at betaling for den særlige renterisiko, som en forsikring med høj grundlagsrente under de nuværende forhold indebærer, vil finde sted, men alene såfremt risikoen faktisk realiserer sig. Alternativet er at fremskynde betalingen for den særlige renterisiko og opkræve den, forinden risikoen har realiseret sig. Det ville efter K A/Ss opfattelse være mindre rimeligt, idet en mulig, men langt fra sikker udvikling derved foregribes.

I relation til blandede policer anerkendte Finanstilsynet i brev af 27. december 2001 udsendt til samtlige livsforsikringsselskaber, at hensættelsen kan opgøres på baggrund af en gennemsnitlig rente, såfremt to forudsætninger er opfyldt: at (1) "[d]e midler, der indgår på en lavere grundlagsrente end den oprindeligt for forsikringen gældende, er midler, der kan betragtes som en integreret del af den oprindelige forsikringsaftale, herunder bonustilskrivning og obligatoriske indbetalinger"; og at (2) det ikke eksplicit i forsikringsaftalen, bonusregulativet eller andet materiale er stillet forsikringstageren i udsigt, at bonus anvendes til køb af bonustillægsforsikringer med samme aftalevilkår som i den oprindelige forsikring.

Det fremgår udtrykkeligt, at bonustilskrivning er "en integreret del af den oprindelige forsikringsaftale" og således står i modsætning til "nye indbetalinger, der ikke er en integreret del af den oprindelige aftale". Samme princip må anvendes i forhold til kontributionsprincippet og forsikringsaftalen derfor ses som en helhed, der vurderes på alle sine elementer samlet.

Det tilføjes, at K A/S administrerer forsikringer således, at forsikringer tegnet med en høj grundlagsrente ikke vil få den gennemsnitlige grundlagsrente reduceret til et lavere niveau, end hvad der gælder for nyttegning. Måtte en forsikring således efter en årrække med bonustillægsforsikringer med en teknisk rente på 0,4785% nå et niveau, hvor forsikringsaftalens elementer set under ét har en gennemsnitlig teknisk rente på samme niveau som en nyttegnet forsikring, vil bonus ikke mere blive anvendt på et beregningsgrundlag med en teknisk rente på 0,4785%, men på nyttegningsgrundlaget.

Sammenfattende er det K A/Ss opfattelse, at bonusregulativerne som ændret med virkning fra 1. januar 2001 sikrer en anvendelse af bonus i bedre overensstemmelse med kontributionsprincippet.

6.2 Forhold fremhævet af Finanstilsynet

I det følgende knyttes en række bemærkninger til de tre forhold, som Finanstilsynet lægger vægt på i sin begrundelse i afgørelserne. Som følge af den manglende partshøring er Finanstilsynets beskrivelse af de faktiske forhold langt fra fyldestgørende.

Første forhold

Finanstilsynet anfører:

”De kunder, der har valgt at få udbetalt bonus kontant, får med ændringen en fordel i forhold til de kunder, der har aftalt, at bonus anvendes til køb af tillægsgforsikring.”

Hertil bemærkes, at de enkelte forsikrede ikke har kunnet vælge at få bonus løbende udbetalt til sig selv. K A/S tilbød før 1982 kontant bonus, men alene i firmapensionsordninger og alene med udbetaling af den kontante bonus til arbejdsgiveren. Der var tale om tilsagnsordninger med en fast ydelse, hvor den forsikrede (arbejdstageren) ingen forventning havde om bonus. For alle forsikringsaftaler indgået i 1982 og senere gælder, at bonus anvendes som tilskrevet bonus med tegning af bonustillægsgforsikringer til følge.

Forskellen i bonusudlodning er historisk begrundet i forskelle mellem generationer af forsikringsaftaler og tegningsgrundlag. Det har ikke på noget tidspunkt været muligt for forsikringstagere eller andre i forsikringsperioden at vælge en anden måde at anvende bonus på.

Ud af en bestand på mere end 275.000 policer var der pr. 31. december 2003 171 policer tilbage med kontant bonus, som udbetales til arbejdsgiveren. Antallet er så beskedent, at det under de foreliggende omstændigheder er uproportionalt på grundlag heraf at fremsætte kritik af K A/Ss tegning af bonustillægsgforsikringer og pålægge selskabet betydelige omkostninger i forbindelse med en omgørelse.

Videre anfører Finanstilsynet:

”De kunder, der har valgt at få udbetalt bonus kontant, får med ændringen en fordel i forhold til de kunder, der har aftalt, at bonus anvendes til køb af tillægsgforsikring. Dette skyldes, at de kunder, der har valgt at få udbetalt bonus kontant, kan indskyde den udbetalte bonus på nyttegrundlaget, dvs. 2% grundlaget. De kunder, der har aftalt, at bonus anvendes til køb af tillægsgforsikringer, har med den anmeldte regel ikke denne mulighed.”

Finanstilsynet har ikke været bekendt med, at kontant bonus på de nævnte 171 policer udbetales til arbejdsgiveren som forsikringstager og ikke medarbejderen (den forsikrede).

Selv hvis kontant bonus udbetalt til arbejdsgiveren af denne ønskedes anvendt til tegning af yderligere dækninger for den forsikrede eller videregivet til den forsikrede med henblik på sådan tegning, er Finanstilsynets ræsonnement behæftet med fejl. Der bortses således fra, at bonus forinden udbetaling reduceres med et omkostningsbidrag på op til 7%. Videregivelse til den forsikrede kunne endvidere udløse personbeskatning. Ved indbetaling ville det tilbageværende beløb yderligere blive reduceret med arbejdsmarkedsbidrag, ligesom der ville blive krævet et omkostningsbidrag på op til 11%.

Bonustillægsforsikringer kan ikke sidestilles med tegning af nye forsikringer på selvstændigt grundlag. Som anført af Finanstilsynet i relation til hensættelser er bonustilskrivning ”en integreret del af den oprindelige forsikringsaftale” og står således i modsætning til ”nye indbetalinger, der ikke er en integreret del af den oprindelige aftale”. På den anden side ville kunder ikke nødvendigvis kunne indskyde udbetalt bonus på nyttegrundlaget. Mens anvendelse af bonus i form af tegning af bonustillægsforsikringer er pligtmæssig for K A/S, er nyttegrundlaget frivillige for selskabet og kan nægtes af hensyn til selskabets solvens eller andre forhold.

I det følgende afsnit anfører Finanstilsynet:

”Forskellig bonusanvendelse indebærer - isoleret set - ingen forskel i selskabets risiko. Risikoen afhænger af det tegningsgrundlag, hvorpå bonus - uanset anvendelse - indskydes.”

Dette bestrides. Allerede fordi tegning af bonustillægsforsikringer er pligtmæssig, indebærer tilskrevet bonus en øget risiko for selskabet sammenlignet med kontant bonus. Herudover er K A/S grundlæggende uenig i, at bonus kan betragtes ”isoleret set”. Som anført i afsnit 6.1 indebærer contributionsprincippet, at forsikringsaftalen må ses som en helhed og vurderes på alle sine elementer samlet. Der er for hver aftale én præmie og én ydelse, ikke flere præmier og flere ydelser. Bonus fordeles i det forhold, hvorefter der ud fra en samlet betragtning er bidraget til overskuddsdannelsen. Der udloddes for hver aftale ét bonusbeløb, ikke flere bonusbeløb. Finanstilsynet har som nævnt i relation til hensættelser anerkendt, at bonustilskrivning er ”en integreret del af den oprindelige forsikringsaftale”.

Det følger af det anførte, at K A/S bestrider Finanstilsynets konklusion, der lyder således:

”I lyset af, at forsikringstagerne ikke omkostningsfrit har mulighed for at foretage et nyt valg for så vidt angår bonusanvendelsen ... indebærer reglen således en urimelig forskelsbehandling mellem forsikringstagere, der har valgt forskellig bonusanvendelse.”

I tillæg til det allerede anførte skal blot gentages, at ingen forsikringstager i forsikringsperioden har adgang til at foretage "et nyt valg", sådan som Finanstilsynet antager.

Andet forhold

Finanstilsynet anfører følgende i afgørelserne:

"Den anførte regel gælder ikke for eksisterende forsikringer, hvor alle forsikringsdele har en teknisk rente lavere end 4 procent. For disse forsikringer anvender selskabet en teknisk rente på 2% for bonustillæggsforsikringer og præmieforhøjelser. Reglen gælder heller ikke for nye forsikringer. Nye forsikringer tegnes med en teknisk rente på 2% og en teknisk rente på 2% for bonustillæggsforsikringer og præmieforhøjelser.

Forsikringstagere med en teknisk rente over 4% stilles således ringere end forsikringstagere med en teknisk rente på under 4%, uagtet at selskabets risiko forbundet med disse bonustillæggsforsikringer er ens."

K A/S er uenig i dette udsagn. Det er ikke korrekt, at "selskabets risiko forbundet med disse bonustillæggsforsikringer er ens", allerede fordi forsikringsaftalen som anført i afsnit 6.1 må ses som en helhed og vurderes på alle sine elementer samlet. Det har igennem årtier været accepteret, at bonus i stedet for som tilskrivning kan anvendes til opsparing. Ved opsparet bonus har selskabet alene forpligtet sig til ikke at reducere det opsparede beløb. Opsparet bonus svarer således til en bonustillæggsforsikring med en opgørelsesrente på 0% p.a. og er blevet accepteret side om side med tilskrevet bonus.

Bekendtgørelse nr. 433 af 7. juni 1999 om grundlagsrente er fortsat gældende i medfør af § 21, stk. 5, sammenholdt med § 21, stk. 4, i lov om finansiel virksomhed. I henhold til § 21, stk. 4, skal beregningselementer vælges med forsigtighed. Nærmere bestemmelser kan fastsættes i medfør af § 21, stk. 5. Bekendtgørelsen fastsætter i § 2, at grundlagsrenten skal vælges med forsigtighed, og at den maksimale grundlagsrente er 2% p.a. Hermed er hjemlen i § 21, stk. 5, sammenholdt med stk. 4 udtømt.

K A/Ss ansvarshavende aktuar vurderede i 2000, at det under hensyntagen til selskabets forhold ikke ville være betryggende på forsikringer med en grundlagsrente over 4% at tegne bonustillæggsforsikringer med en grundlagsrente svarende til den for nytægning maksimalt tilladte. Dette er fortsat den ansvarshavende aktuars vurdering.

Finanstilsynets afgørelser af 26. marts 2004 indebærer implicit, at tilsynet kan påbyde anvendelse af en bestemt grundlagsrente på bonustillæggsforsikringer som følge af en sammenligning af tillæggsforsikringer med opgørelsesrenter på 2% og 0% uden hensyntagen til forsikringsaftalernes øvrige elementer. Mens bekendtgørelsen om

grundlagsrente alene opstiller en ramme for livsforsikringsselskabers virksomhed, lægger Finanstilsynet med sine afgørelser op til at overtage kontrol med et centralt element i et livsforsikringsselskabs virksomhed bestående i endelig fastsættelse af grundlagsrenter. Herved tilsidesætter Finanstilsynet den ansvarshavende aktuars vurdering uden at have aktuarens forudsætninger og grundlag. En sådan udvikling er ikke betryggende og må afvises af hensyn til selskaberne såvel som forsikringstagerne.

Tredje forhold

Endelig anfører Finanstilsynet:

”Ifølge det til Finanstilsynet oplyste, har selskabet ikke indhentet samtykke fra de berørte kunder til, at selskabet ved beregning af bonustillæggsforsikringer for deres forsikringer anvender et teknisk grundlag med teknisk rente 0,4785% p.a. (svarende til en opgørelsesrente på 0% p.a.). De forsikringstagerne, hvis forsikringer er omfattet af den omtalte anmeldelse, kan ikke protestere mod denne ændring, uden at de med store omkostninger skal ophæve kontrakterne.”

Betragtningerne hviler for K A/S at se på en forkert forudsætning om, at ændringen af bonusregulativerne med virkning fra 1. januar 2001 krævede samtykke.

Bekendtgørelsen om grundlagsrente fastsætter i § 3, at et livsforsikringsselskab ikke må indgå en forsikringsaftale, hvori selskabet for en periode, der er længere end et år, afskærer sig fra at ændre grundlagsrenten for fremtidige præmieforhøjelser, bonustilskrivning m.v. Det følger af samtlige K A/Ss forsikringsaftaler, at bonus fordeles og anvendes efter det til enhver tid gældende bonusregulativ, det vil sige som dette måtte blive ændret af selskaberne fra tid til anden.

I øvrigt bemærkes, at forsikringstagerne blev orienteret om ændringen af bonusregulativerne, og at en ophævelse af forsikringsaftalerne ikke var deres eneste mulige reaktion. Hver enkelt forsikringstager har haft mulighed for at klage til selskabet eller Ankenævnet for Forsikring. Ingen forsikringstager har imidlertid fundet anledning hertil.

...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i skrivelse af 23. august 2004 udtalt følgende:

”...

Faktiske omstændigheder samt sagens dokumenter

I breve af 14. januar 2000 anmeldte K A/S A/S og K A/S II A/S (herefter under ét ”K A/S”) ændrede regler for beregning af

bonustillægsforsikringer. ... På anmeldelsestidspunktet var selskabernes navne henholdsvis B A/S og B II A/S.

Anmeldelserne blev indsendt i henhold til § 3, stk. 3, i Finanstilsynets bekendtgørelse nr. 871 af 16. november 1995 om anmeldelse af det tekniske grundlag for livsforsikringsvirksomhed m.v. Finanstilsynet meddelte den 27. januar 2000 selskaberne, at regler for beregning af bonustillægsforsikringer ikke kan omfattes af anmeldelseskravet i medfør af bekendtgørelsens § 3, stk. 3. Selskaberne blev påbudt at indsende nye anmeldelser, der opfyldte bekendtgørelsens krav. Brevene af 27. januar 2000 er vedlagt ...

Den 3. februar 2000 anmeldte selskaberne i medfør af anmeldelsesbekendtgørelsens § 3, stk. 1 og 2, de ændrede regler for beregning af bonustillægsforsikringer. Grundlagsrenten for bonustillægsforsikringer blev for begge selskaber fastsat til 0,4785% p.a., svarende til en opgørelsesrente på 0% p.a. Reglerne skulle træde i kraft den 1. januar 2001. Anmeldelserne er vedlagt ...

Den 18. februar 2000 kvitterede Finanstilsynet for anmeldelserne, og anmeldelserne blev optaget i det offentlige register over anmeldelser ...

I breve af 26. marts 2004 traf Finanstilsynet de påklagede afgørelser. ...

Retslige omstændigheder

Hjemmelgrundlag

Ændringer af regler for beregning af bonustillægsforsikringer er omfattet af krav om anmeldelse i medfør af § 20, stk. 1, nr. 2, i lov om finansiel virksomhed¹. Af § 20, stk. 1, nr. 2 i lov om finansiel virksomhed fremgår, at selskabets grundlag for beregning af forsikringspræmier skal anmeldes. I lovens bemærkninger til bestemmelsen uddybes, at grundlaget for beregning af forsikringspræmier bl.a. består af forudsætninger om størrelse af grundlagsrente, døds- og invaliditetssandsynlighed (de statistiske forudsætninger) og omkostningselementer.

Af selskabernes klage fremgår, at selskaberne antager, at regler for beregning af bonustillægsforsikringer er omfattet af krav om anmeldelse i medfør af § 20, stk. 1, nr. 3 i lov om finansiel virksomhed. Dette beror imidlertid på en misforståelse. Finanstilsynet har ikke i afgørelserne af 26. marts 2004 anført, at de anmeldte forhold er i strid med kontributionsprincippet, således som det anføres i klagen.

Da reglerne for beregning af bonustillægsforsikringer er omfattet af krav om anmeldelse, jf. § 20, stk. 1, nr. 2, er de således ikke reguleret af reglerne om rimelig og præcis fordeling af realiseret resultat. Reglerne for beregning af bonustillægsforsikringer er omfattet af regulering i

¹ På anmeldelsestidspunktet § 30, stk. 1, nr. 2 i lov om forsikringsvirksomhed. Reglerne i § 30, stk. 1, nr. 2 i lov om forsikringsvirksomhed er uændret overført til § 20, stk. 1, nr. 2 i lov om finansiel virksomhed, i forbindelse med at lov om finansiel virksomhed erstattede lov om forsikringsvirksomhed den 1. januar 2004.

medfør af § 21, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed. Af reglerne følger, at det anmeldte grundlag skal være betryggende og rimeligt.

Finanstilsynet er enig med selskaberne i, at Finanstilsynet ikke har hjemmel til at gribe ind over for anvendelsen af den del af resultatet, der er blevet fordelt som bonus. Finanstilsynets påbud i medfør af § 21, stk. 6, vedrører derfor heller ikke – modsat hvad der er anført side 6 i den uddybende klage - selskabets bonusanvendelse. Finanstilsynet har alene påtalt, at selskabet skærper det tegningsgrundlag, der gælder for visse forsikringer, uden at der er en bevislig forøget risiko for selskabet forbundet med disse midler.

At selskaberne har anmeldt ændringerne som tilføjelser til bonusregulativerne ændrer ikke ved, hvilket lovgrundlag der regulerer forholdet.

Finanstilsynet skal for god ordens skyld præcisere, at ordet bonusregulativ ikke er anvendt i lovens bestemmelser. Af bemærkningerne til loven fremgår imidlertid, at bonusregulativet er omfattet af regulering i medfør af § 20, stk. 1, nr. 3 i lov om finansiel virksomhed.

En del af argumentationen i klagen relaterer sig til den fejlagtige angivelse af, hvilke bestemmelser i §§ 20 og 21 i lov om finansiel virksomhed der regulerer det grundlag, som selskaberne anvender for beregning af kundens ydelser. Finanstilsynet vil ikke i det følgende forholde sig nærmere til anbringender, der hidrører fra den fejlagtige angivelse af, hvilke regler der regulerer det anmeldte grundlag for beregning af bonustillægsforsikringer.

Rimelighedstilsyn

Finanstilsynet påser ved rimelighedstilsynet i medfør af § 21, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, at der ikke er særskilte kundegrupper, som stilles dårligere end andre kundegrupper, med mindre at dette skyldes, at disse kundegrupper på grund af nogle objektive konstaterbare forhold kan siges at påføre selskaberne en forøget risiko. F.eks. er det tilladt at anvende et stærkere (dyrere) grundlag for kunder, der tidligere er blevet konstateret syge. Disse kunder vil derfor for samme indbetaling som andre kunder få en tilsvarende mindre ydelse i tilfælde af en forsikringsbegivenhed.

Den risiko, selskabet påtager sig for et givet beløb, er uafhængig af, fra hvilken kilde beløbene hidrører. K A/S vælger et skærpet grundlag for den bonus, der hidrører fra forsikringer med mere end 4% p.a. i teknisk rente. På øvrige forsikringer bliver fortsat anvendt en grundlagsrente svarende til den maksimale efter grundlagsrentebekendtgørelsen², nemlig 2%. Det vil sige, at for hver krone, som en kunde får i bonus, får forsikringer med grundlagsrenter op til 4% p.a. et tillæg til deres garanterede ydelser, der overstiger det tillæg, som en kunde med en grundlagsrente over 4% p.a. får ud af en tilsvarende krone.

² Finanstilsynets bekendtgørelse nr. 433 af 7. juni 1999 om grundlagsrente for livsforsikringsvirksomhed.

K A/Ss anmeldelser fører til, at kunder med en høj garanti straffes, da de stilles dårligere end kunder med en lavere teknisk rente. Det finder Finanstilsynet ikke rimeligt.

Det er Finanstilsynets opfattelse, at hvis der i aftalegrundlaget er en bestemmelse, hvorefter bonus anvendes til opskrivning af forsikringsydelse, så er selskabet - medmindre andet er aftalt - ved bonustilskrivning forpligtet til at opskrive forsikringsydelse på mindst samme vilkår, som selskabet anvender ved nytegning af lignende forsikringer. Det er i strid med ligebehandlingsprincippet, der er en del af rimelighedsprincippet i § 21 i lov om finansiel virksomhed, hvis et selskab, der anvender én grundlagsrente ved nytegning, uden samtykke fra forsikringstageren vælger en grundlagsrente ved bonustilskrivning, der er lavere end grundlagsrenten ved nytegning. Der er således ikke efter Finanstilsynets opfattelse principiel forskel på midler, der stammer fra bonustilskrivning, midler, der stammer fra indskud på en ny forsikring, og midler, der stammer fra præmieforhøjelser på eksisterende forsikringer.

Selskabernes forøgede risiko ved at tegne bonustillægsforsikringer på et 2%-grundlag er uafhængig af policens øvrige grundlagsrenter. Ved at anvende et 0%-grundlag på forsikringer med en teknisk rente på over 4% falder selskabets samlede risiko på disse forsikringer målt i forhold til, hvad der sker på selskabets andre forsikringer.

Finanstilsynet skal præcisere, at Finanstilsynet ikke har indvendinger mod, at selskabet for samtlige policer anvender et 0%-grundlag for bonustillægsforsikringer, såfremt selskabet finder, at det er nødvendigt for at grundlaget er betryggende. Det Finanstilsynet påtaler, er alene, at der er forskel på tegningsrenten afhængig af kundens øvrige forrentning. Dette strider mod rimelighedsprincippet, jf. § 21, som anført i Finanstilsynets afgørelser af 26. marts 2004.

Det anføres i klagen, at selskaberne for forsikringer med opsparet bonus alene forpligter sig til ikke at reducere det opsparede beløb, som dermed svarer til en bonustillægsforsikring med en opgørelsesrente på 0 %. Finanstilsynet finder, at dette forhold er uden betydning i den konkrete sag, idet kunderne selv vælger, hvilken form for bonus de vil have. Efter en årrække kan udviklingen i de to former for bonus være forskelligt, men kunderne har stadig taget et oplyst valg.

Finanstilsynet accepterer, at kunder med høje garantier frembyder en økonomisk større risiko for det enkelte selskab. Finanstilsynet accepterer ligeledes, at disse kunder betaler for denne risiko, i det omfang det gøres i overensstemmelse med lovens bestemmelser og de aftaler, som selskaberne har indgået med kunderne.

Finanstilsynet har i rapport om betaling for rentegaranti (1998) beskrevet, at det er muligt ved beregningen af det beløb, et selskab vil give i bonus, at tage højde for, at visse kunder giver selskabet en forøget risiko. Den forøgede risiko kan f.eks. betyde, at det investeringsafkast, der er opnået, har været negativt påvirket af disse forsikringer. Ved en

sådan beregningsmetode vil selskabets kunder med lave garantier være stillet uændret, selvom de er i samme selskab som selskabets kunder med høje garantier.

Endelig skal Finanstilsynet henlede opmærksomheden på, at det er selskabernes ansvar at vurdere, hvorvidt og i hvilket omfang det er betryggende at tilskrive bonus. Men når et selskab vælger at give bonus, så kan der ikke efterfølgende sættes særlige betingelser på den bonus, med mindre det følger af aftalen med kunderne.

Påbudenes indhold

Klagerne anfører, at de meddelte påbud savner et præcist, retligt indhold, idet Finanstilsynet ikke har anført, hvilke ændringer der måtte være fornødne, eller hvilket tidspunkt ændringerne skal have virkning fra.

I forlængelse heraf skal Finanstilsynet præcisere, at det er selskaberne, der skal anmelde det tekniske grundlag og ændringer hertil. Finanstilsynet har ikke hjemmel til at foreskrive, hvorledes selskaberne skal agere, men har alene mulighed for at gribe ind, såfremt de anmeldte forhold ikke opfylder lovens krav. Selskaberne må selv vælge, hvorledes det sikres, at kunderne bliver behandlet lige.

Finanstilsynet har påbudt selskaberne at ændre anmeldelserne af 3. februar 2000, således at de bringes i overensstemmelse med lovens rimelighedsprincip. Anmeldelsen skal dermed ændres med virkning fra 1.1.2001, hvilket klagerne også selv anfører i afsnit 5.2.

Det følger af Finanstilsynets praksis, at Finanstilsynet gerne med selskaberne drøfter, hvilke løsningsmuligheder der er inden for lovens rammer, såfremt selskaberne måtte ønske det. Finanstilsynet kan imidlertid ikke foreskrive, hvilke initiativer selskaberne skal tage.

Sagsbehandlingstiden

Det anføres i klagen, at sagsbehandlingen har været overraskende lang, idet der gik mere end fire år, før Finanstilsynets afgørelser forelå. Finanstilsynet er enig i, at Finanstilsynet bør være særdeles tilbageholdende med at gribe ind over for forhold, der upåtalte har været benyttet i en længere periode. I denne sag gælder der dog særlige forhold.

Det Finansielle Virksomhedsråd besluttede på et møde den 17. december 2001 at nedsætte et udvalg med deltagelse af Finanstilsynet og Forsikring & Pension til at behandle og udarbejde en rapport om de grundlæggende principper om bonus. Der var således konstateret en række større problemområder, som krævede nærmere overvejelse, før der kunne træffes endelig afgørelse. De påklagede afgørelser er omfattet af det arbejde, der blev iværksat.

De påklagede afgørelser kunne ikke træffes tidligere, da der fra forsikringsbranchens side var blevet udtrykt ønske om, udvalgsarbejdet blev afsluttet, før der blev truffet afgørelser i konkrete sager.

Det skal præciseres, at K A/S løbende har haft en repræsentant med i udvalgsarbejdet, og selskaberne har således i hele perioden haft kendskab til Finanstilsynets opfattelse af sagen. Hertil kommer, at Finanstilsynet ved møde med selskabet i efteråret 2003 gjorde opmærksom på, at den gamle sag var udestående, og formentlig ville blive afgjort imod selskabet.

Det nedsatte udvalg har netop afsluttet sit arbejde. Det Finansielle Virksomhedsråd vil på sit kommende møde få forelagt udvalgets rapport.

De påklagede afgørelser blev truffet, inden udvalgsarbejdet var endeligt afsluttet, da det på dette tidligere tidspunkt lå fast, at der ikke var basis i udvalgets arbejde til at udsætte afgørelserne.

Partshøring

Det anføres i klageskrivelsen, at en partshøring kunne have haft en væsentlig betydning for Finanstilsynets afgørelser. Der nævnes i forlængelse heraf en række forhold, som Finanstilsynet efter klagerens opfattelse ikke har været bekendt med.

Finanstilsynet skal oplyse, at tilsynet generelt er vidende om de anførte forhold via selskabernes anmeldte tekniske grundlag. For Finanstilsynets rimelighedstilsyn kan antallet af policer med kontant udbetalt bonus aldrig være relevant for sagens udfald.

Finanstilsynet har samtidig truffet afgørelserne på basis af oplysninger, som selskaberne selv har tilsendt Finanstilsynet og ikke supplerende oplysninger. Der kan derfor efter Finanstilsynets opfattelse ikke gøres gældende, at der er tale om manglende partshøring i forbindelse med de trufne afgørelser. Det er Finanstilsynets praksis, at afgørelser om anmeldelser træffes på grundlag af anmeldelsen uden partshøring, da det følger af loven, at anmeldelserne skal være formuleret klart og præcist.

I relation til bemærkningen om at selskaberne administrerer forsikringerne således, at forsikringer tegnet med en høj grundlagsrente ikke vil få den gennemsnitlige grundlagsrente reduceret til et lavere niveau, end hvad der gælder for nytægning, skal Finanstilsynet pointere, at denne oplysning er ny for tilsynet. Forholdet skulle have været en del af anmeldelsen, jf. § 3, stk. 1, i anmeldelsesbekendtgørelsen, da den er nødvendig for at kunne kontrollere beregningerne på den enkelte police. Finanstilsynet finder dog ikke, at denne tilføjelse til anmeldelsen ville have haft nogen indflydelse på sagens afgørelse. Jf. ovenstående drejer sagen sig ikke om omfanget af princippet, men om princippets indhold.”

I skrivelse af 30. november 2004 har advokat A yderligere anført:

”...

1. Påstande

K A/S nedlægger påstand om, at påbudene meddelt ved Finanstilsynets afgørelser af 26. marts 2004 ophæves, subsidiært at påbudene alene tillægges virkning fra den 26. marts 2004, hvor de blev meddelt.

Mere subsidiært nedlægger K A/S påstand om, at sagerne hjemvises til Finanstilsynet til fornyet behandling.

Til støtte for den subsidiære påstand henvises navnlig til følgende forhold:

Af udtalelsen fra Finanstilsynet, side 6, fremgår om det arbejde, som Det Finansielle Virksomhedsråd igangsatte den 17. december 2001:

”Der var således konstateret en række større problemområder, som krævede nærmere overvejelse, før der kunne træffes endelig afgørelse. De påklagede afgørelser er omfattet af det arbejde, der blev iværksat.”

De påklagede afgørelser er udtryk for en præcisering eller ændring af praksis, som på ingen måde med sikkerhed kunne forudsiges den 3. februar 2000. Finanstilsynets nye opfattelse blev først meddelt branchen med Finanstilsynets brev af 3. november 2004 ... Forinden K A/S modtog de påklagede afgørelser, havde der alene været uformelle tilkendegivelser af foreløbig karakter, som ikke angav en endelig stillingtagen.

Ændringen af Finanstilsynets praksis skal ses i sammenhæng med den lange sagsbehandlingstid, der har haft som resultat, at påbud som de meddelte med tilbagevirkende kraft kun kan efterkommes ved afholdelse af ganske betydelige omkostninger. Det har ikke været på foranledning af K A/S eller med K A/Ss samtykke, at Finanstilsynet har udsat sin sagsbehandling på et arbejde igangsat af Det Finansielle Virksomhedsråd.

Grundlæggende hensyn til retssikkerheden taler under de foreliggende omstændigheder, hvor forberedelse af en praksisændring har medført en sagsbehandlingstid på over fire år, med afgørende styrke for, at de meddelte påbud ikke kan gives tilbagevirkende kraft til den 1. januar 2001.

2. Hjemmelsspørgsmålet

Finanstilsynet anfører i udtalelsen side 2, at de påklagede afgørelser er truffet i medfør af § 20, stk. 1, nr. 2, jf. § 21, stk. 6, i lov om finansiel virksomhed ("LFV"), idet Finanstilsynet finder, at de forhold, som K A/S har anmeldt, vedrører selskabets grundlag for beregning af forsikringspræmier.

Hertil bemærkes, at det udtrykkeligt fremgår af de omhandlede anmeldelser af 3. februar 2000, at de vedrører ændringer i K A/Ss bonusregulativ. Det fremgår endvidere udtrykkeligt af disse anmeldelser, at ændringerne vedrører anvendelsen af den bonus, som tilfalder

forsikringstagerne. Der sker ingen ændring i beregningen af forsikringspræmierne for bonustillægfsforsikringerne i medfør af de nævnte anmeldelser. Præmieberegningerne foretages som hidtil på det af K A/S anmeldte G82-grundlag med senere ændringer.

At anmeldelserne af 3. februar 2000 ikke vedrører grundlaget for beregning af forsikringspræmier, illustreres også af, at K A/S har foretaget en særskilt anmeldelse vedrørende disse forhold.

Med brev af 17. januar 2000 til Finanstilsynet ... anmeldte selskaberne nyt grundlag for beregning af forsikringspræmier. Anmeldelserne indførte grundlaget med "ny teknisk rente på 0,4785% p.a. med en tilhørende opgørelsesrente på 0% p.a.". Dette er disse anmeldelser, og ikke anmeldelserne af 3. februar 2000, som vedrører forhold omfattet af LFV § 20, stk. 1, nr. 2.

Anmeldelserne af 17. januar 2000 er ikke anfægtet af Finanstilsynet, hvilket er helt i overensstemmelse med fast praksis vedrørende rækkevidden af og anvendelsesområdet for bestemmelsen i LFV § 20, stk. 1, nr. 2. Hvilken af de anmeldte grundlagsrenter der anvendes i forhold til konkrete policer, beror på de enkelte forsikringsaftaler og er ikke omfattet af anmeldelsespligten i henhold til LFV § 20, stk. 1, nr. 2. Af samme grund har selskaberne ikke i anmeldelserne af 17. januar 2000 - ud over en orienterende oplysning i uforpligtende form - angivet, hvornår og hvordan det nye grundlag ville blive anvendt. Finanstilsynets antagelse i udtalelsen side 7, hvorefter der skulle bestå en pligt til anmeldelse af detailoplysninger vedrørende anvendelse af forskellige grundlagsrenter, er uden støtte i lovgivningen.

Sammenfattende er det ikke korrekt, når Finanstilsynet lægger til grund, at de under denne sag anfægtede anmeldelser af 3. februar 2000 vedrører K A/Ss grundlag for beregning af forsikringspræmier på bonustillægfsforsikringer.

Historisk har mange livsforsikringsvirksomheder, herunder K A/S, i bonusregulativet som anmeldt til Finanstilsynet medtaget oplysninger om bonusanvendelse, uanset at disse oplysninger ikke formelt var omfattet af anmeldelsespligt. Havde K A/S i 2000 begrænset sine anmeldelser til forhold omfattet af § 30, stk. 1, i lov om forsikringsvirksomhed, nu § 20, stk. 1, i LFV, ville anmeldelserne af 3. februar 2000 ikke have været foretaget. Anmeldelserne er derfor heller ikke omfattet af Finanstilsynets bemyndigelse til at meddele påbud i medfør af LFV § 21, stk. 6.

Finanstilsynets afgørelse hviler således på et urigtigt retligt grundlag. Konsekvensen heraf er, at Finanstilsynet griber ind i K A/Ss anvendelse af den del af resultatet, der er blevet fordelt som bonus. Finanstilsynet anfører selv i udtalelsen side 2, at Finanstilsynet ikke har hjemmel til et sådant indgreb.

Forsikringsaftalerne giver efter K A/Ss opfattelse hjemmel til den ændring af bonusanvendelsen, som blev anmeldt den 3. februar 2000 om

forskellig grundlagsrente på tillægsbonusforsikringer. Finanstilsynet har ingen bemyndigelse til at afgøre spørgsmål om forsikringsaftalernes rette fortolkning. Det anføres således udtrykkeligt i Finanstilsynets brev af 3. november 2004 til branchen:

”På baggrund af drøftelser mellem Finanstilsynet og Forsikring & Pension om bonus og efter drøftelser i Det Finansielle Virksomhedsråd er der enighed om, at Finanstilsynet kun i helt særlige tilfælde kan gribe ind i de privatretlige forhold mellem kunderne og selskaberne.”

K A/S fastholder på den baggrund, at de påklagede afgørelser er ugyldige og må ophæves.

3. Rimelighedstilsynet

Finanstilsynet anfører i udtalelsen side 3, at tilsynet i medfør af § 21, stk. 1, i LFV påser, at der ikke er særskilte kunde grupper, som stilles dårligere end andre kunde grupper, medmindre dette skyldes, at disse kunde grupper på grund af nogle objektive, konstaterbare forhold kan siges at påføre selskaberne en forøget risiko. Finanstilsynet anfører videre, at de af K A/S anmeldte ændringer i bonusregulativet fører til, at kunder med en høj garanti straffes, da de stilles dårligere end kunder med en lavere teknisk rente. Finanstilsynet finder ikke dette rimeligt.

K A/S er uenig i denne vurdering. Ved anvendelsen af rimelighedsprincippet må hver enkelt forsikringsaftale efter K A/Ss opfattelse bedømmes som et hele, og hver forsikringsaftale skal så vidt muligt betale for egen risiko inden for sit eget aftalegrundlag. Forsikringsaftaler tegnet på en høj grundlagsrente kræver større afkast, for at de garanterede ydelser kan komme til udbetaling. Det er derfor rimeligt, at man for sådanne forsikringsaftaler anvender en lavere teknisk rente som grundlag for bonustillægsforsikringerne.

Finanstilsynet anfører selv i udtalelsen, side 4, at Finanstilsynet accepterer, at kunder med høje garantier frembyder en økonomisk større risiko for det enkelte selskab, samt at disse kunder betaler for denne risiko. Den logiske konsekvens af Finanstilsynets synspunkt er, at hensyntagen til særlige renterisici er lovlig ved fordeling af resultatet som bonus, men ulovlig såfremt det først sker i forbindelse med anvendelsen af det resultat, der er fordelt som bonus. Dette resultat kan ikke støttes på bestemmelsen om rimelighed i LFV § 21, stk. 1.

På den baggrund kan K A/S ikke anerkende, at Finanstilsynet finder de anmeldte ændringer i bonusregulativet for urimelige. Et ligebehandlingsprincip indebærer ikke alene, at det lige skal behandles lige. Også det ulige skal behandles ulige.

Forskelle i grundlagsrenter har endnu ikke haft betydning for fordelingen af realiseret resultat, idet kontorenten hvert år har ligget over højeste grundlagsrente. Ikke desto mindre er forskellene udtryk for en ulighed. Hidtil er uligheden hvert år blevet udlignet ved, at forsikringer med en

lavere grundlagsrente er blevet tildelt et forholdsmæssigt højere beløb i bonus. Mindskes det realiserede resultat et år, eksempelvis som følge af et lavere renteniveau, vil uligheden imidlertid kunne få reel betydning og indebære, at fordelingen af årets resultat ikke afspejler det forhold, hvormed der er bidraget til overskuddsdannelsen. Et sådant brud på et ligebehandlingsprincip kan ikke begrundes i forsikringsaftalerne. K A/S er berettiget såvel som forpligtet til ikke blot ved den årlige fordeling af bonus at søge at udjævne den ulighed, som forskelle i grundlagsrenter indebærer, men også om muligt at forebygge, at forskellene i følgende år får reel betydning for resultatets fordeling. Det er netop, hvad der sker ved at anvende ulige grundlagsrenter på bonustillæggsforsikringer således, at forsikringernes gennemsnitlige grundlagsrente tilnærmes og den latente ulighed mindskes.

...

5. Sagsbehandlingstiden

...

... bevirket, at K A/S i tiltro til, at de anmeldte ændringer ikke ville blive anfægtet, har indrettet sin bonusanvendelse i overensstemmelse hermed. En ændring af bonusanvendelsen med tilbagevirkende kraft til den 1. januar 2001 vil som anført i mit indlæg af 10. juni 2004 medføre betydelige omkostninger og forøgede hensættelser. På den baggrund gør K A/S gældende, at påbudene først kan få virkning fra den 26. marts 2004, da de blev meddelt, jf. den subsidiære påstand.

...

7. Mundtlig forhandling

På grund af sagens kompleksitet og principielle betydning begærer K A/S mundtlig forhandling af sagen.”

I skrivelse af 17. januar 2005 har Finanstilsynet yderligere bemærket:

”...

Om punkt 1. Påstande

Finanstilsynet har noteret, at K A/S i forhold til klagen af 10. juni 2004 har nedlagt en supplerende subsidiær påstand om, at påbuddene alene tillægges virkning fra den 26. marts 2004.

Anmeldelser af det tekniske grundlag for livsforsikringsvirksomhed efter § 20 i lov om finansiel virksomhed indsendes på selskabernes ansvar. I forbindelse med overgangen fra et godkendelsessystem til et anmeldelsessystem for det tekniske grundlag blev der i lovens bemærkninger skrevet: "Der sættes ikke nogen frist for Finanstilsynets reaktionsmuligheder. Dels ville en frist være ensbetydende med en

"udskudt" godkendelsesprocedure, dels kan tilsynet altid vende tilbage og genoptage en sag, da der jo netop ikke foreligger en godkendelse".

Det er Finanstilsynets vurdering, at tilsynets sagsbehandlingstid ikke har betydning for afgørelsen af de konkrete sager. Finanstilsynet fastholder derfor, at anmeldelserne skal ændres med virkning fra 1. januar 2001.

Om punkt 2. Hjemmelsspørgsmålet

I K A/Ss anmeldelser af 3. februar 2000 anmeldes ændring i reglerne for beregning af bonustillæggsforsikringer i tilknytning til Bonusregulativ I. Anmeldelserne betyder, at forsikringer med grundlagsrente på over 4 pct. må betale en højere pris for hver krone forsikringssum, end en tilsvarende kunde skal betale for en forsikring med en lavere grundlagsrente. Det er derfor ikke korrekt, når advokat A skriver, at der ikke sker ændring i beregningen af forsikringspræmier for bonustillæggsforsikringer i medfør af de nævnte anmeldelser.

Finanstilsynet reagerer på anmeldelserne af 3. februar 2000 og ikke på anmeldelserne af ny teknisk rente af 17. januar 2000, da selskaberne i anmeldelserne af 17. januar 2000 kun anfører, at det anmeldte grundlag påtænkes anvendt i forbindelse med beregning af bonustillæggsforsikringer. Dette er, som advokat A skriver på side 3 i sin seneste udtalelse, en orienterende oplysning i uforpligtende form. Først med anmeldelserne af 3. februar 2000 anses det skærpede grundlag for bonustillæggsforsikringer for anmeldt.

Det følger af anmeldelsesbekendtgørelsen³, at anmeldelser af det tekniske grundlag skal have en så klar og præcis form, at de uden videre kan danne basis for en kyndig aktuars kontrolberegninger, og de skal i deres helhed være egnede til at give et fyldestgørende billede af selskabets aktiviteter.

Advokat A skriver, at anmeldelserne af 3. februar 2000 ikke ville have været foretaget, såfremt K A/S havde begrænset sine anmeldelser til forhold omfattet af § 20, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed. Såfremt anmeldelserne af 3. februar 2000 ikke var blevet indsendt, havde Finanstilsynet skulle reagere overfor anmeldelserne af 17. januar 2000, da de ikke indeholder præcis angivelse af anvendelsesområdet. Uden denne oplysning i anmeldelserne ville det ikke være muligt at foretage kontrolberegninger. Anmeldelserne af 17. januar 2000 kan således ikke ses uafhængigt af indholdet af anmeldelserne af 3. februar 2000.

Om punkt 3. Rimelighedstilsynet

Finanstilsynet fastholder, at der ikke er principiel forskel på midler, der stammer fra bonustilskrivning, midler, der stammer fra indskud på en ny forsikring, eller midler, der stammer fra præmieforhøjelser på eksisterende forsikringer. Risikoen afhænger af det tegningsgrundlag, hvorpå midlerne indskydes. Hvis bonus anvendes til at opskrive forsikringsydelse, så er det at betragte som en "ny for-

³ § 3, stk. 1, i bekendtgørelse om anmeldelse af det tekniske grundlag m.v. for livsforsikringsvirksomhed

sikringsaftale"/tillægsaftale, hvor det i øvrigt anvendte nytegningsgrundlag må gælde – med mindre andet er aftalt.

Finanstilsynet har tidligere oplyst, at det er muligt i beregningen af det beløb, man vil give i bonus, at tage hensyn til særlige renterisici. Det er ikke muligt at tage hensyn til allerede eksisterende renterisici ved anvendelsen af bonus. Finanstilsynet henholder sig i øvrigt til sin udtalelse af 23. august 2004 om rimelighedstilsyn. Finanstilsynet skal også pege på, at gennemsigtigheden for den enkelte kunde mindskes kraftigt, hvis selskaberne havde mulighed for at tage hensyn til allerede eksisterende renterisici ved anvendelsen af bonus.

...”

I skrivelse af 23. marts 2005 har advokat A supplerende bemærket:

”...

1. Påbudenes tidsmæssige udstrækning

Med mit brev af 30. november 2004 nedlagde K A/S en subsidiær påstand om, at de meddelte påbud først tillægges virkning fra den 26. marts 2004, da påbudene blev meddelt.

Finanstilsynet anfører hertil i den supplerende udtalelse side 1, at anmeldelse af teknisk grundlag ”indsendes på selskabernes ansvar”, samt at det i bemærkninger til lov nr. 1062 af 23. december 1992 var anført, at ”tilsynet altid [kan] vende tilbage og genoptage en sag”.

Det anførte giver K A/S anledning til at bemærke følgende:

Bemærkningen i forarbejderne til lov nr. 1062 af 23. december 1992 (hvormed ændringer i lov om forsikringsvirksomhed blev gennemført) er ikke gentaget i bemærkningerne til den gældende lov om finansiel virksomhed (LFV), på grundlag af hvilken påbudene er meddelt.

Hvis angivelsen i forarbejderne var tiltænkt at have den vidtrækkende betydning, som Finanstilsynet antager, havde det været nærliggende at gentage den, medmindre en ændring af retstilstanden var tilsigtet. Betydningen af angivelsen i forarbejderne er da formentlig også langt mindre vidtrækkende. Det fremgår således ikke heraf, at genoptagelse af en sag indebærer, at afgørelsen af sagen skal have tilbagevirkende kraft. Tværtimod anførte professor, dr.jur. Mogens Koktvedgaard i sin redegørelse om liberalisering vedrørende det aktuarmæssige tilsyn med livsforsikringsvirksomhed, jf. side 29, at ”[d]et ligger ... i sagens natur, at Finanstilsynet bør være særdeles tilbageholdende med at gribe ind over for forhold, der upåtalte har været benyttet i en længere periode”. Redegørelsen lå til grund for anmeldelsessystemets indførelse med lov nr. 1062 af 23. december 1992.

I den foreliggende sag kan der endvidere peges på den omstændighed, at Finanstilsynet ikke først efter års forløb blev opmærksom på forhold ved K A/Ss anmeldelser, som nødvendiggjorde en genoptagelse. Tværtimod har tilsynet bevidst udsat behandlingen af anmeldelserne som følge af et arbejde igangsat af Det Finansielle Virksomhedsråd med henblik på at præcisere og ændre praksis inden for området. K A/S blev ikke orienteret om denne beslutning om udsættelse af sagsbehandlingen, da den blev truffet. I mellemtiden efterlevede K A/S anmeldelserne, og Finanstilsynet måtte indse, at en ændring tilbage i tid blev gradvist mere byrdefuld. Alligevel gjorde Finanstilsynet intet for at advare K A/S om risikoen for et påbud med tilbagevirkende kraft.

Tilsynet anfører i den supplerende udtalelse side 3, at tilsynet i efteråret 2003 gjorde K A/S ”opmærksom på, at den gamle sag var udestående og formentlig ville blive afgjort imod selskabet”. Først knap tre år efter, at de anmeldte ændringer var trådt i kraft, blev K A/S således - efter Finanstilsynets opfattelse - orienteret om, at behandlingen af anmeldelserne var blevet udsat. Finanstilsynet burde have fundet anledning til at orientere K A/S på et væsentligt tidligere tidspunkt.

Hertil kommer, at meddelelsen blev givet til repræsentanter for K A/S under dagsordenspunktet ”Eventuelt” på et møde, der var indkaldt med henblik på drøftelse af en helt anden sag. Finanstilsynet meddelte, at man endnu ikke havde taget stilling til anmeldelserne vedrørende ændringer i bonusregulativerne, idet ”den gamle sag” kun ”formentlig” ville falde ud til ugunst for selskaberne. Finanstilsynet lagde ved sin meddelelse øjensynlig til grund, at de anmeldte forhold ikke ville blive ændret forud for en egentlig stillingtagen fra tilsynets side, som ikke desto mindre lod vente på sig i yderligere et halvt år.

Det må anses for at være i strid med dansk retstradition, at en offentlig myndighed gennemfører et arbejde over flere år med henblik på at fastlægge sin politik inden for et forvaltningsområde og derefter implementere politikken med tilbagevirkende kraft med betydelige tab for borgere til følge. Det er ikke på denne måde, at forskellen mellem et godkendelses- og et anmeldelsessystem skal udmøntes, og det savner grundlag at hævde, at en så usædvanlig fremgangsmåde er hjemlet af eller sanktioneret ved en generel bemærkning i tidligere lovforarbejder, eller at fremgangsmåden i øvrigt på forhånd har været godtaget.

...

2. Hjemmelsspørgsmålet

2.1 Bonusanvendelse og præmieberegning

K A/Ss anmeldelser af 3. februar 2000 er foretaget med udtrykkelig angivelse af, at de angår anvendelse af bonus. Der var tale om en ændring af bonusregulativerne. Det tilkommer ikke Finanstilsynet at omrubricere de anmeldte forhold som vedrørende beregning af forsikringspræmier. Det er ikke tilsynet, men selskaberne, som anmelder. Når anmeldelserne med Finanstilsynets ord ”indsendes på selskabernes

ansvar”, jf. side 1 i den supplerende udtalelse, kan der ikke uden selskabernes mellemkomst ændres i anmeldelserne.

Anmeldelserne vedrører anvendelse af bonus, og nærmere bestemt hvilken af flere typer bonustillægsforsikringer med forskellige grundlagsrenter et beregnet og fordelt beløb skal anvendes til. Det forhold kan alene henføres til bestemmelserne i LFV § 20, stk. 1, nr. 3, og de påklagede afgørelser af 26. marts 2004 indeholder da heller ingen indikation af, at Finanstilsynet på daværende tidspunkt henførte de anmeldte forhold til nr. 2 om beregning af forsikringspræmier. Eftersom beløbet fordelt som bonus allerede er beregnet, foreligger intet spørgsmål om beregning af forsikringspræmier, men alene et spørgsmål om beregning af forsikringsydelse. Heri består en forskel fra nytegning.

Men selv hvis det lægges til grund, at valg mellem bonustillægsforsikringer kan henføres til bestemmelserne i LFV § 20, stk. 1, nr. 2, om beregning af forsikringspræmier, er det uomtvisteligt, at K A/S ikke har foretaget nogen anmeldelse herom. Finanstilsynet kan anlægge den opfattelse, at K A/Ss anmeldelser herefter ikke er fyldestgørende i henseende til visse bonustillægsforsikringer. Heri vil K A/S være uenig, jf. afsnit 2.2 nedenfor, men i alle tilfælde vil det være et spørgsmål mellem selskaberne og forsikringstagerne, hvis afgørelse henhører under domstolene. Det er ikke et spørgsmål, som Finanstilsynet har kompetence til at behandle. I medfør af LFV § 21, stk. 6, er tilsynets kompetence begrænset til faktisk anmeldte forhold, og tilsynet har efter sin egen opfattelse ikke ”hjemmel til at foreskrive, hvorledes selskaberne skal agere”, jf. side 3 i den supplerende udtalelse.

2.2 Omfanget af anmeldelsespligten

I den supplerende udtalelse side 2 anfører Finanstilsynet, at tilsynet skulle have reageret over for anmeldelserne af 17. januar 2000 vedrørende en teknisk grundlagsrente på 0,4785%, såfremt anmeldelserne af 3. februar 2000 vedrørende bonusregulativerne ikke var fremkommet.

Finanstilsynets synspunkt er, at kontrolberegninger ikke ville kunne udføres, mindre såvel grundlagsrenter som anvendelsesområde for hver enkelt grundlagsrente er anmeldt. Det beror naturligvis på, hvad der ønskes kontrolleret ved en beregning. En kontrol af forsikringsydelse kan alene foretages på grundlag af det tekniske grundlag set i sammenhæng med forsikringsaftalen. Det bestrides, at enhver kombination af valgmuligheder inden for det tekniske grundlag skal anmeldes separat. Anmeldelsespligten i medfør af LFV § 20, stk. 1, nr. 2, omfattede grundlaget med ”ny teknisk rente på 0,4785% p.a. med en tilhørende opgørelsesrente på 0% p.a.”, men ikke de konkrete anvendelser af dette grundlag, idet disse forhold reguleres af forsikringsaftalerne. Det er det tekniske grundlag og ikke de enkelte forsikringsaftaler, som skal anmeldes, og denne anmeldelse skete den 17. januar 2000.

Finanstilsynets påbud vedrører de senere anmeldelser af 3. februar 2000 om ændring af bonusregulativer, som i princippet hverken falder ind

under LVF § 20, stk. 1, nr. 2 eller nr. 3. At Finanstilsynets påbud har at gøre med forsikringsaftalernes fortolkning - modsat anmeldte forhold - fremgår af det anførte på side 2 i den supplerende udtalelse:

”Hvis bonus anvendes til at opskrive forsikringsydelse, så er det at betragte som en ’ny forsikringsaftale’/tillægsaftale, hvor det i øvrigt anvendte nyttegrundlag må gælde - med mindre andet er aftalt.”

Det anførte er et forsøg på at formulere et princip for fortolkning af forsikringsaftaler. Princippet er forkert, allerede fordi det er forsikringsaftalen og ikke nyttegrundlaget, som giver retten til bonus og er bonustillægsforsikringens grundlag. Men hertil kommer, at spørgsmål om aftalefortolkning falder uden for tilsynets kompetence, der i henhold til LFV § 21, stk. 6, er begrænset til forhold, som er anmeldte og falder inden for § 20, stk. 1.

3. Rimelighedstilsynet

For så vidt angår sagens realitet er spørgsmålet, om de anmeldte forhold er ”betryggende og rimelige” over for den enkelte forsikringstager, jf. LFV § 21, stk. 1. Finanstilsynet har uden nærmere begrundelse lagt til grund, at det er hvert enkelt forhold og hvert enkelt element i forsikringsaftalen, som isoleret set og uden hensyntagen til helheden skal være betryggende og rimeligt. Finanstilsynet betragter således hver bonustillægsforsikring for sig selv - som en ny forsikringsaftale - og ikke i sammenhæng med forsikringsaftalens øvrige elementer.

Finanstilsynets opfattelse er i strid med ordlyden af § 21, stk. 1, som henviser til ”[d]e efter § 20, stk. 1, nr. 1-5, anmeldte forhold”, hvoraf det kan udledes, at de anmeldte forhold skal ses som en helhed. Opfattelsen er tillige i strid med betegnelsen for det produkt, som vurderes, nemlig en bonustillægsforsikring. Ingen forsikringstager vil finde det naturligt at vurdere en bonustillægsforsikring isoleret fra forsikringsaftalens øvrige elementer. Det relevante for forsikringstageren er den samlede præmie og den samlede ydelse, og det er også herom, at forsikringstageren informeres af selskabet efter de gældende regler.

I sin supplerende udtalelse side 2 anfører Finanstilsynet:

”Risikoen afhænger af det tegningsgrundlag, hvorpå midlerne indskydes.”

Det anførte beror på en misforståelse. Der ”indskydes” ikke midler i den foreliggende situation. Der er tværtimod tale om anvendelse af bonus hidrørende fra tidligere indskudte midler.

Samme sted karakteriserer Finanstilsynet en bonustillægsforsikring som ”en ’ny forsikringsaftale’/tillægsaftale”. Den upræcise sprogbrug indikerer, at opfattelsen af en bonustillægsforsikring som en ny forsikringsaftale, der kan behandles isoleret fra forsikringsaftalens øvrige elementer, ikke kan fastholdes.

Finanstilsynet anfører endvidere, at det i øvrigt anvendte nytægningsgrundlag må gælde for bonustillægssforsikringer, ”med mindre andet er aftalt”. Hertil bemærkes, at det af K A/Ss forsikringsaftaler følger, at bonus anvendes i overensstemmelse med det til enhver tid gældende bonusregulativ, således at K A/S har det fornødne aftalemæssige grundlag for at ændre bonusregulativerne.

På grundlag af Finanstilsynets tilkendegivelser har K A/S noteret sig, at hensyntagen til særlige renterisici ifølge tilsynet er lovlige ved fordeling af resultat som bonus, men ikke er lovlige i forbindelse med anvendelsen af det resultat, der er fordelt som bonus. Efter K A/Ss opfattelse har denne sondring ingen støtte i bestemmelsen om rimelighed i LFV § 21, stk. 1. I sin supplerende udtalelse side 2-3 har tilsynet hertil anført:

”Finanstilsynet har tidligere oplyst, at det er muligt i beregningen af det beløb, man vil give i bonus, at tage hensyn til særlige renterisici. Det er ikke muligt at tage hensyn til allerede eksisterende renterisici ved anvendelsen af bonus. ... Finanstilsynet skal også pege på, at gennemsigtheden for den enkelte kunde mindskes kraftigt, hvis selskaberne havde mulighed for at tage hensyn til allerede eksisterende renterisici ved anvendelse af bonus.”

Ud over henvisningen til gennemsigthed indeholder afsnittet ingen begrundelse, men gengiver blot en sondring mellem beregning og fordeling på den ene side og anvendelse på den anden side, der fortsat fremstår som uunderbygget. Uanset om hensyn tages til renterisici ved beregning, fordeling eller anvendelse af bonus, er det de samme risici, som i samme grad er ”allerede eksisterende”.

Selv hvis gennemsigtheden har en selvstændig betydning ved rimelighedstilsynet, hvilket Finanstilsynet ikke nærmere har begrundet, savner det grundlag at hævde, at gennemsigtheden øges, såfremt hensyn til renterisici tages allerede ved beregning og fordeling af bonus. Efter K A/Ss opfattelse er gennemsigtheden større, når forskelle i renterisici tillægges betydning ved anvendelse af bonus ved at tilnærme de gennemsnitlige grundlagsrenter i overensstemmelse med et ligebehandlingsprincip.

...”

Ved skrivelse af 29. april 2005 har Finanstilsynet supplerende bemærket:

”...

Om punkt 1. Påbudenes tidsmæssige udstrækning

Advokat A skriver, at bemærkningerne til lov nr. 1062 af 23. december 1992 ikke er gentaget i bemærkningerne til den gældende lov om finansiel virksomhed (FiL). Dette er ikke korrekt, idet det fremgår af de almindelige bemærkninger til FiL (L 176), at "[b]emærkningerne til de

eksisterende love findes således fortsat anvendelse ved fortolkning af lovforslagets enkelte bestemmelser, uanset at de ikke er angivet i sin helhed i lovforslagets bemærkninger". Bemærkningen til lov nr. 1062 af 23. december 1992, om at "[d]er sættes ikke nogen frist for Finanstilsynets reaktionsmuligheder", er derfor stadig gældende i den nuværende lov om finansiel virksomhed.

Professor, dr. jur. Mogens Kockvedgaards redegørelse om liberaliseringsmuligheder vedrørende det aktuarmæssige tilsyn med livsforsikringsvirksomhed indeholder forslag til liberaliseringen af det aktuarmæssige tilsyn. Redegørelsen blev skrevet i forbindelse med overgangen fra godkendelsessystemet til anmeldelsessystemet, men lå ikke til grund for lov nr. 1062 af 23. december 1992, idet lovændringen ikke indeholder en fuldstændig gennemførelse af redegørelsens anbefalinger. Redegørelsen i sig selv kan derfor ikke betragtes som en retskilde. Endvidere fremgår det af redegørelsen, jf. side 29, at "[e]n ... frist [for Finanstilsynets reaktionsmuligheder] vil være ensbetydende med en "udskudt" godkendelsesprocedure. Hertil kommer, at der meget vel kan tænkes vilkår m.v., hvis uheldige egenskaber først viser sig lang tid efter iværksættelsen. Tilsynet bør derfor have mulighed for at tage et hvilket som helst forhold op på et hvilket som helst tidspunkt".

Advokat A skriver, at tilsynet bevidst har udsat behandlingen af anmeldelserne som følge af et arbejde igangsat af Det Finansielle Virksomhedsråd. Det er korrekt, og Finanstilsynets udsættelse af behandlingen af de sager, som var omfattet af udvalgets arbejde, var fuldt ud anerkendt af branchen og skete på branchens anmodning. Der var generelt tvivl på en række områder, hvorfor disse områder blev undersøgt, og rapporten om de grundlæggende principper om bonus blev derefter udarbejdet. Der var tale om en usædvanlig situation. På grund af de mange tvivlsspørgsmål fandt Finanstilsynet en nærmere vurdering nødvendig for at overholde officialmaksimen og derved god forvaltningsskik.

Finanstilsynet stiller sig derfor uforstående overfor, at K A/S ikke mener, de blev orienteret om udsættelsen af behandlingen. K A/S har også løbende haft en repræsentant med i udvalget. Repræsentanten var på det tidspunkt den ansvarshavende aktuar, som må anses at være en central person i selskaberne.

Finanstilsynet fastholder, at K A/S skal ændre anmeldelsen af 3. februar 2000 med virkning fra 1. januar 2001.

Om punkt 2.1. Bonus anvendelse og præmieberegning

Anvendelse af bonus er, hvordan bonusmidlerne bruges. Eksempelvis om bonus skal udbetales kontant, eller om bonus skal bruges til at opskrive ydelserne. Hvordan bonusmidlerne skal bruges, skal ikke anmeldes. Hvis bonus anvendes til opskrivning af ydelserne, så indskyder kunden bonusmidlerne på forsikringen. For alle forsikringer skal grundlag for beregning af forsikringspræmie være anmeldt, jf. § 20, stk. 1, nr. 2, i FiL.

...

Om punkt 3. Rimelighedstilsynet

Advokat A udleder, at de anmeldte forhold skal ses som en helhed. Dette er ikke korrekt, idet der i bemærkningerne til § 21 i loven står, at det ikke er tilstrækkeligt, at det anmeldte beregningsgrundlag ud fra en helhedsvurdering er betryggende. Grundlagsrenten for sig og risiko- og omkostningselementerne for sig skal vælges med forsigtighed.

Advokat A skriver videre, at der ikke indskydes midler i den foreliggende situation. Finanstilsynet skal præcisere, at hvis der anmeldes bonustillægssforsikringer, så ligger det implicit i det, at der for bonusbeløbet købes supplerende ydelser. Med andre ord indskydes der midler, som er at betragte som en "ny forsikringsaftale"/tillægsaftale. Sprogbrugen "ny forsikringsaftale"/tillægsaftale var af tilsynet tænkt som forklarende.

Advokat A skriver, at det af K A/Ss forsikringsaftaler følger, at bonus anvendes i overensstemmelse med det til enhver tid gældende bonusregulativ. Som nævnt ovenfor i punkt 2.2 skal anvendelsen af bonus ikke anmeldes, men formlen i bonusregulativet for beregningen af bonusbeløbet skal anmeldes og være rimelige og betryggende.

Finanstilsynet fastholder, at det vil være i strid med rimelighedsprincippet, hvis det er muligt at tage hensyn til allerede eksisterende renterisici, når bonus anvendes til opskrivning af ydelserne. Hvis dette var muligt, ville de kunder, der har valgt at få kontant bonus, få en fordel i forhold til de kunder, der har aftalt, at bonus anvendes til køb af tillægssforsikringer. Finanstilsynet henholder sig i øvrigt til tilsynets tidligere udtalelser."

Advokat A har ved skrivelser af 20. juni og 2. september 2005 fremsat supplerende bemærkninger til sagen, ligesom Finanstilsynet ved skrivelser af 28. juli og 17. oktober 2005 er fremkommet med sådanne.

Ankenævnet har ikke fundet grundlag for at imødekomme en anmodning fra advokat A om mundtlig forhandling af klagen.

Ankenævnet udtaler:

Efter lov om finansiel virksomhed (FIL) § 20, stk. 1, (tidl. lov om forsikringsvirksomhed (LFV) § 30, stk. 1) skal det tekniske grundlag m.v. for livsforsikringsvirksomhed samt enhver efterfølgende ændring heri anmeldes til

Finanstilsynet senest samtidig med, at grundlaget eller ændringerne tages i anvendelse. Efter lovens § 20, stk. 1, nr. 2, (tidl. LFV § 30, stk. 1, nr. 1) skal anmeldelsen blandt andet indeholde angivelse af grundlaget for beregning af forsikringspræmier, som ifølge bemærkningerne til bestemmelsen (lovforslag nr. 176 af 12. marts 2003 om finansiel virksomhed, Folketingstidende 2002/2003, tillæg A, side 4782) blandt andet består af forudsætninger om størrelse af grundlagsrente, døds- og invaliditetssandsynlighed (de statistiske forudsætninger) og omkostningselementer. Anmeldelsen skal endvidere efter lovens § 20, stk. 1, nr. 3, (tidl. LFV § 30, stk. 1, nr. 3) indeholde regler for beregning og fordeling af realiseret resultat til forsikringstagerne og andre berettigede efter forsikringsaftalerne. De anmeldte forhold skal være betryggende og rimelige over for den enkelte forsikringstager og andre berettigede efter forsikringsaftalerne, jf. lovens § 21, stk. 1, (tidl. LFV § 31, stk. 1), og reglerne for beregning og fordeling af realiseret resultat skal tillige være præcise og klare og føre til en rimelig fordeling, jf. lovens § 21, stk. 2, (tidl. LFV § 31, stk. 2).

Finanstilsynet har i medfør af lovens § 21, stk. 5, (tidl. LFV § 31, stk. 6) udstedt mere detaljerede regler om indholdet af de anmeldte forhold, herunder bekendtgørelse nr. 1325 af 14. december 2004 om kontributionsprincippet (opr. bekendtgørelse nr. 59 af 29. januar 2001), der i § 5, stk. 2, indeholder følgende bestemmelse om fordelingen af bonusmidler mellem forsikringstagerne indbyrdes:

”Fordelingen til de enkelte forsikringer skal afspejle, hvorledes de har bidraget til de realiserede resultater, der fordeles, herunder hvorledes forsikringer med forskellige karakteristika har bidraget. Der skal således ved denne fordeling tages fornødent hensyn til, hvorledes de realiserede resultater, der fordeles, stammer fra beregningsgrundlagets elementer, samt til de risici, forsikringerne indebærer, herunder forskellige renterisici.”

Såfremt anmeldte forhold ikke opfylder kravene i loven eller i regler udstedt i medfør af loven, skal Finanstilsynet efter lovens § 21, stk. 6, (tidl. LFV § 31, stk. 7) påbyde livsforsikringsselskaberne at foretage de fornødne ændringer.

Ved enslydende skrivelser af 3. februar 2000 til Finanstilsynet anmeldte B A/S (nu K A/S) blandt andet følgende ændring i reglerne for beregning af bonustillægssikringer:

”Fra 1. januar 2001 og indtil videre gælder:

For forsikringer med forsikringsdele på grundlag med over 4% p.a. i teknisk rente beregnes bonustillægssikringer på det for forsikringen anvendte tekniske grundlag med teknisk rente 0,4785% p.a. (svarende til en opgørelsesrente på 0% p.a.).

For øvrige forsikringer beregnes bonustillægssikringer på det for forsikringen anvendte tekniske grundlag med en opgørelsesrente svarende til den på tidspunktet for beregningen gældende maksimale grundlagsrente for nyttegning, dog jf. eventuelle overgangsregler vedrørende maksimal grundlagsrente.”

Da grundlaget for beregning af forsikringspræmier blandt andet består af forudsætninger om størrelse af grundlagsrente, døds- og invaliditetssandsynlighed og omkostningselementer, tiltræder ankenævnet, at reglerne for beregning af bonustillægssikringer er omfattet af FIL § 20, stk. 1, nr. 2, og § 21, stk. 1, (tidl. LFV § 30, stk. 1, nr. 1, og § 31, stk. 1). Finanstilsynet er som følge heraf forpligtet til at påbyde livsforsikringsselskaberne at foretage ændringer i anmeldte beregninger af bonustillægssikringer, såfremt de anmeldte beregninger ikke findes betryggende og rimelige over for den enkelte forsikringstager og andre berettigede efter forsikringsaftalerne, jf. FIL § 21, stk. 6, (tidl. LFV § 31, stk. 7).

Ankenævnet tiltræder, at i forsikringsforhold, hvor der som bonustype er aftalt anvendelse af bonustillægssikringer, har livsforsikringsselskaberne - medmindre andet følger af forsikringsaftalen - ikke hjemmel til ved tegning af bonustillægssikringer at anvende en lavere grundlagsrente for forsikringstagere med høje grundlagsrenter end grundlagsrenten ved nyttegning. Ankenævnet har herved lagt vægt på, at livsforsikringsselskabernes øgede risiko ved tegning af bonustillægssikringer er uafhængig af forsikringsaftalernes øvrige grundlagsrenter, og at livsforsikringsselskaberne efter § 5, stk. 2, i bekendtgørelsen om kontributionsprincippet ved fordelingen af bonus mellem forsikringstagerne indbyrdes skal tage hensyn til de risici, herunder forskellige renterisici, som forsikringerne indebærer. En bestemmelse i forsikringsaftalen om, at bonus fordeles i overensstemmelse med det til enhver tid gældende

bonusregulativ, findes ikke at give hjemmel til anvendelse af en lavere grundlagsrente end grundlagsrenten ved nytægning.

Finanstilsynet har truffet afgørelse alene på grundlag af de oplysninger, som B A/S (nu K A/S) tilsendte Finanstilsynet, og tilsynet har derfor været berettiget til efter forvaltningslovens § 19 uden partshøring at påbyde K A/S at ændre de anmeldte ændrede regler for beregning af bonustillægssikringer, således at reglerne bringes i overensstemmelse med rimelighedsprincippet i FIL § 21 (tidl. LFV § 31). Uklar omtale i påbudene af forskellige former for aftalt bonusanvendelse og manglende henvisning til bestemmelsen i FIL § 20, stk. 1, nr. 2, findes ikke at indebære, at påbudene ikke kan anses for at have den fornødne klarhed med hensyn til, at påtalte forhold er de anmeldte ændrede regler for beregning af bonustillægssikringer, hvorved forsikringstagere med en teknisk rente på over 4% ved tegning af bonustillægssikringer stilles ringere end forsikringstagere med en teknisk rente under dette niveau, uanset at livsforsikringsselskabernes risiko ved tegning af bonustillægssikringerne er den samme. Da der imidlertid ikke forud for bekendtgørelsen om kontributionsprincippet (opr. bekendtgørelse nr. 59 af 29. januar 2001) var fastsat nærmere bestemmelser om fordelingen af bonusmidler mellem forsikringstagerne indbyrdes, findes Finanstilsynets påbud først at burde have virkning fra ankenævnets afgørelse.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelser af 26. marts 2004, dog at påbudene først har virkning fra ankenævnets afgørelse.

4.2. LOV OM FORSIKRINGSVIRKSOMHED

4) Kendelse af 10. marts 2006 (J.nr. 02-229.200).

Forsikringsselskaber ikke berettiget til at korrigere egenkapitalen for den del af driftsunderskuddet, der er blevet dækket af midler fra sikkerhedsfonden.

Dagældende § 141, stk. 2 i lov om forsikringsvirksomhed.

(Preben Lund Hansen, Lise Høgh, Niels Bolt Jørgensen, Poul Østergaard Mortensen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 22. november 2002 har advokat A på vegne af K1 A/S og K2 A/S (Forsikringsselskaber) klaget over Finanstilsynets afgørelser af 28. oktober 2002, hvorefter selskaberne ikke er berettiget til at korrigere egenkapitalen for den del af driftsunderskuddene i 1991 og 1992, som i praksis er blevet dækket af midler fra sikkerhedsfonden.

Sagens omstændigheder:

A. Finanstilsynets afgørelser af 28. oktober 2002:

I en over sagerne af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse af 12. marts 2003 har Finanstilsynet om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

”...

1. Sagsfremstilling

Af ansøgninger af 25. juni 2002 ... om fusioner af en række livsforsikringsselskaber i K koncernen fremgik, at en del af de fusionerende selskaber, herunder K1 A/S og K2 A/S, på baggrund af tilsynets præcisering af kontributionsprincippet i breve af 26. oktober 2001 og 6. februar 2002 ... havde foretaget en engangskorrektion af egenkapitalen pr. 1. januar 2002. De pågældende selskabers ansvarshavende aktuarer attesterede i redegørelse af 19. juni 2002 ..., at engangskorrekturene var foretaget i overensstemmelse med de af Finanstilsynet angivne principper, men at de ikke fandt en del af de foretagne engangskorrekturen rimelig.

Finanstilsynet og livsforsikringsselskaberne i K koncernen drøftede i december 2001 – februar 2002 principper for en engangskorrektion af

fordelingen af midler mellem egenkapital og forsikringstagere for perioden 1989-2001.

I brev af 9. januar 2002... anmeldte en række K selskaber, herunder K1 A/S, genberegning af overskudsfordeling siden 1989 og engangskorrektion i 2002, og i brev af 6. februar 2002 ... meddelte Finanstilsynet selskabet, at den skitserede metode til beregning af engangskorrektion var i overensstemmelse med de principper, der var angivet i tilsynets brev af samme dato til samtlige livsforsikringselskaber og tværgående pensionskasser.

Ved et møde den 19. februar 2002 spurgte K koncernen, hvordan tilsynet ville se på, at engangskorrektionen af egenkapitalen i Forsikringselskabet K2 A/S fortrinsvis var en genopretning af den egenkapital, der var blevet tabt i forbindelse med selskabets store underskud på 2.302 mio. kr. i 1992. Senere samme dag meddelte Finanstilsynet telefonisk selskabet, at underskuddet i 1992 primært var blevet dækket ved, at tilsynet havde givet tilladelse til frigivelse af sikkerhedsfonden på 2.136 mio. kr. Sikkerhedsfonden er en del af egenkapitalen, men i henhold til § 141, stk. 2, i lov om forsikringsvirksomhed kan midler, der er henlagt til sikkerhedsfonden, kun anvendes til at dække tab ved afvikling af de forsikringsmæssige forpligtelser eller på anden måde til fordel for de forsikrede og kun efter tilladelse fra Finanstilsynet. Den ønskede engangskorrektion ville indebære, at sikkerhedsfondens midler blev konverteret til egentlig egenkapital, hvilket tilsynet ikke umiddelbart fandt i overensstemmelse med bestemmelserne i § 141, stk. 2. Selskabet ville overveje dette nærmere.

Spørgsmålet om engangskorrektioner blev genoptaget i maj 2002, da K koncernen nu ønskede at drøfte fusion af en række livsforsikringselskaber. I slutningen af maj samt i juni 2002 bekræftede Finanstilsynet mundtligt over for K koncernen, at de tidligere indsendte principper for engangskorrektion af egenkapitalen teknisk var i overensstemmelse med de af tilsynet udmeldte principper, men at der fortsat udestod spørgsmålet om behandling af sikkerhedsfondene. Tilsynet nævnte videre, at selskabernes valgte revisorer og ansvarshavende aktuar skulle erklære sig om engangskorrektionerne, og at tilsynet først derefter havde det fulde grundlag for at vurdere, om tilsynet havde bemærkninger til engangskorrektionerne.

Fusionsmaterialet, fremsendt til Finanstilsynet den 25. juni 2002, omfattede bl.a. en indstilling af 18. juni 2002 ... til selskabernes bestyrelser om engangskorrektionerne af selskabernes egenkapital, en redegørelse af 19. juni 2002 ... fra de ansvarshavende aktuarer og en erklæring af 14. juni 2002 ... fra selskabernes valgte revisorer.

Det fremgik af redegørelsen fra de ansvarshavende aktuarer, at der ved beregningen af selskabernes engangskorrektioner var korrigeret for henlæggelser til sikkerhedsfonde i 1989 og tilbageførsel herfra i 1991 og 1992.

De valgte revisorer attesterede, at engangskorrekktionerne var beregnet ud fra de anmeldte (indsendte) principper, og at disse principper var i overensstemmelse med Finanstilsynets retningslinier og udmeldinger til K koncernen. Revisorerne anførte, at deres gennemgang ikke havde omfattet, om korrekktionerne var rimelige. Revisorerne havde heller ikke vurderet, om der var forhold, der kunne begrænse muligheden for at foretage en engangskorrekktion. Revisorerne havde endelig foretaget en alternativ beregning af selskabernes engangskorrekktion, hvor der var korrigeret for anvendelse af sikkerhedsfondsmidler til dækning af tab og tilsvarende reguleret i positiv retning for de år (fra og med 1989), hvor selskaberne har henlagt midler til sikkerhedsfonde (dvs. i 1989).

De ansvarshavende aktuarer attesterede ligeledes, at engangskorrekktionerne fra 1997 og frem var beregnet ud fra de anmeldte (indsendte) principper, at disse principper var i overensstemmelse med tilsynets retningslinier og udmeldinger til selskaberne, og at selskaberne økonomisk kunne bære de faktisk planlagte engangskorrekktioner. Aktuarerne konkluderede imidlertid, at den foretagne korrekktion af driftsherretillægget for årene forud for 1997 samt den foretagne regulering for regnskabsmæssige tab i 1991 og 1992 vedrørende sikkerhedsfondsmidler efter deres opfattelse ikke var rimelig, fordi det efter deres opfattelse ikke var sandsynliggjort, at selskaberne efterfølgende ville have kompenseret egenkapitalen herfor, hvis de havde vidst, at de ikke kunne flytte midler fra bonusudjævningshensættelserne til egenkapitalen. Aktuarernes begrundelse var, at selskaberne reelt ikke i årene efter de store regnskabsmæssige tab i 1991-1992, særlig i de tidligere K2 selskaber, foretog en tilsvarende korrekktion af egenkapitalen.

På baggrund af de ansvarshavende aktuarers redegørelse af 19. juni 2002 bad Finanstilsynet i breve af 10. juli 2002 ... de to selskaber om bemærkninger hertil.

I brev af 12. juli 2002 ... argumenterede K koncernen for, at de besluttede engangskorrekktioner var rimelige. Selskaberne anførte således, at beregningen af en engangskorrekktion af egenkapitalen var baseret på Finanstilsynets breve af 26. oktober 2001 og 6. februar 2002 til samtlige livsforsikringselskaber og tværgående pensionskasser, at engangs-korrekktionen tilbage fra 1989 var baseret på de af bestyrelserne i 1996 vedtagne og i 1997 udmeldte principper for egenkapitalafkast, og at rimeligheden af disse principper ikke var anfægtet af hverken revision eller de ansvarshavende aktuarer, og havde været gældende i perioden 1997-2001.

K koncernen anførte endvidere, at de ansvarshavende aktuarer ikke anfægtede rimeligheden i selve driftsherretillæggene, men alene rimeligheden i, at der overhovedet kunne foretages en korrekktion af driftsherretillæggene tilbage til 1989. K henholdt sig til, at muligheden for at ændre driftsherretillægget tilbage i tiden var en følge af den ændrede forståelse af kontributionsprincippet, herunder at Finanstilsynet fandt, at selskaberne havde mulighed for at foretage rimelige

korrektioner baseret på udmeldte eller sandsynliggjorte principper for egenkapitalens forrentning.

K fandt det endelig sandsynliggjort, at den besluttede engangskorrektion af selskabernes egenkapital var beregnet ud fra de egenkapitalforrentningsregler, selskaberne ville have fulgt, såfremt det nuværende kontributionsprincip havde været kendt. K fandt tillige, at engangskorrektionerne var rimelige under hensyntagen til, at korrektionerne netop svarer til de udmeldte principper, og under hensyntagen til selskabernes økonomiske situation.

Ved møde med K den 18. juli 2002 aftaltes i lys af aktuarernes erklæringer at adskille spørgsmålet om engangskorrektionerne fra fusionerne, således at fusionerne gennemførtes uden engangskorrektioner.

Selskaberne uddybede deres synspunkter i brev af 26. juli 2002 ... hvori det fremhævedes, at selskaberne i årene efter de betydelige tab i 1991-1992 rent faktisk havde søgt at kompensere egenkapitalen i den udstrækning, det havde været muligt under hensyntagen til selskabernes samlede økonomiske stilling. I dette brev anførte selskaberne videre til støtte for deres argumentation, at K A/S havde besluttet at foretage en engangskorrektion af egenkapitalen efter tilsvarende metode, og at den ansvarshavende aktuar i dette selskab fandt korrektionen rimelig.

På baggrund af ovennævnte breve fra selskaberne præciserede den ansvarshavende aktuar for nogle af fusionerende selskaber yderligere sine synspunkter i e-mail af 7. august 2002 ... Det fremgik heraf, at aktuaren ikke generelt anfægtede muligheden for at foretage en korrektion tilbage til 1989, men at aktuaren ikke konkret havde kunnet finde holdepunkter, på skrift eller anden vis, for, at selskaberne ville have foretaget sådanne korrektioner i årene før 1997, hvis tilsynets præciserede kontributionsprincip havde været kendt. Aktuaren fandt derfor, at engangskorrektionerne ikke levede op til de rimelighedsrammer, der er givet i tilsynets breve af 26. oktober 2001 og 6. februar 2002.

De valgte revisorer anførte i deres redegørelse, at der i beregningen af engangskorrektionen ikke var taget hensyn til selskabsskat, som ejeren var belastet med i perioden. Finanstilsynet havde anmodet selskaberne om at redegøre herfor. Selskaberne havde med brev af 7. august 2002 ... angivet, at selskabsskatten af den beregnede engangskorrektion betales af egenkapitalen. Det fremgik endvidere, at selskabernes hidtil anvendte regel for egenkapitalforrentning indebar, at skatten var blevet betalt af forsikringsdriften. Som følge af livsforsikrings-selskabernes sambeskatning med øvrige selskaber i koncernen var selskabsskatten i livsforsikrings-selskaberne i praksis nul frem til 1998. Selskaberne angav videre, at de ved deres fastlæggelse af driftsherretillæg i reglen fra 1996 tog hensyn til den mulige skattegevinst, som aktionærene kunne have af de overførte underskud fra livsforsikrings-selskaberne, og at gevinsten da blev vurderet til at svare til en merforrentning af egenkapitalen på 0,7 pct. Selskaberne fremhævede, at til trods for at denne gevinst bortfaldt

fra 1998, hvor reglerne om sambeskatning blev ændret, forblev driftsherretillæggene uændrede.

Selskabernes regel for egenkapitalforrentning blev i 1996 fastsat til, at egenkapitalen tildeles et "efter-skat" overskud, som udgør kontorenten efter realrenteafgift tillagt et driftsherretillæg på 3 % af præmien.

Efter forelæggelse for Det Finansielle Virksomhedsråd meddelte Finanstilsynet i breve af 15. august 2002 ... selskaberne, at den del af engangskorrekturen, der kan henføres til tab i 1991 og 1992, som blev dækket ved overførsel fra sikkerhedsfonde, ikke kan indgå i beregningen af engangskorrekturen, og at den af selskaberne foretagne neutralisering af sikkerhedsfondshenlæggelser i 1989 ikke retter op på dette forhold.

I breve af 2. september 2002 ... argumenterede selskaberne på ny for, at den af selskaberne besluttede engangskorrektion er beregnet i overensstemmelse med de af Finanstilsynet tilkendegivne retningslinier for beregning af engangskorrektion.

Den 10. september 2002 blev der afholdt nyt møde mellem Finanstilsynet og selskaberne om selskabernes besluttede engangskorrektion af egenkapitalen.”

De to påklagede afgørelser af 28. oktober 2002 fra Finanstilsynet vedrørende henholdsvis K1 og K2 vedrører samme problemstilling.

Afgørelsen truffet i forhold til K1 har følgende ordlyd:

” ...

Finanstilsynet har med brev af 15. august 2002 til selskabet afgjort, at den del af engangskorrekturen, der kan henføres til tab i 1991 og 1992, som blev dækket ved overførsel fra sikkerhedsfonde, ikke kan indgå i beregningen af engangskorrekturen, og at den af selskabet foretagne neutralisering af sikkerhedsfondshenlæggelser i 1989 ikke retter op på de forhold.

Finanstilsynet præciserede med brev af 26. oktober 2001 til alle livsforsikringsselskaber og tværgående pensionskasser tilsynets fortolkning af kontributionsprincippet. Det fremgår heraf, at den rimelige fordeling af det realiserede resultat skal være opfyldt over en årrække og ikke nødvendigvis år for år, men at egenkapitalen ikke kan forrentes ved til egenkapitalen at tilbageføre midler, der tidligere er henlagt i bonusudjævningshensættelserne. Såfremt egenkapitalen et år får en mindre andel af det realiserede resultat, end hvad der rimeligvis tilkommer egenkapitalen, kan der sidenhen kompenseres herfor ved en højere egenkapitalforrentning. Der fremgår ligeledes, at tilsynet af Forsikring og Pension var blevet gjort opmærksom på, at nogle selskaber

havde forstået bestemmelse om måling over en årrække således, at der kunne tilbageføres midler fra bonusudjævningshensættelserne til egenkapital, når blot egenkapitalforrentningen ikke derved blev urimelig høj. Derfor angives i brevet, at Finanstilsynet ikke vil modsætte sig, at selskaberne foretager en rimelig engangskorrektion af tidligere års praksis for fordeling af midler mellem egenkapital og bonusudjævningshensættelser tilbage til 1989. Engangskorrektion skal foretages senest ved overgang til markedsværdier.

Det anføres i brevet, "at korrektionerne sker på ledelsens ansvar. Dette - sædvanligvis selvfølgelige - bør understreges, idet der kan være konkrete forhold som begrænser dispositionsfriheden."

Som eksempel på et sådant konkret forhold nævnes, om en forøget egenkapitalforrentning med tilbagevirkende kraft vil være forenelig med, at et selskab i sin markedsføring måtte have anvendt en lav egenkapitalforrentning for at tiltrække forsikringstagere. Det anføres videre, at der også kan være andre forhold, som må indgå i overvejelserne.

Ifølge brevet af 26. oktober 2001 skal en regel for forrentning af egenkapital, som et selskab har anmeldt eller på anden vis tilkendegivet, som udgangspunkt respekteres. I dette brev angives tillige, at såfremt et selskab ikke har anmeldt eller tilkendegivet en regel, kan selskabet foretage korrektionen ud fra regler, som selskabet kan sandsynliggøre, at det ville have fulgt. Brevet indebar således, at selskaber, der har anmeldt eller tilkendegivet regler for forrentningen kan blive stillet ringere end de selskaber, der ikke har anmeldt eller tilkendegivet regler.

For at imødegå dette fastlagde Finanstilsynet i februar 2002 efter møde i Det Finansielle Virksomhedsråd en metode for fastsættelse af en rimelig korrektion for selskaber, der på et tidspunkt har anmeldt eller tilkendegivet regler for forrentningen af egenkapitalen. Metoden er angivet i brev af 6. februar 2002 til alle livsforsikringselskaber og tværgående pensionskasser. Selskaber, der har anmeldt/tilkendegivet regler, får således mulighed for med tilbagevirkende kraft at ændre periodiseringsprincip for beregningsmodellen og gennemføre denne ændring ved en éngangskorrektion eller løbende over de kommende år.

Selskabets eksterne revisorer har i brev af 14. juni 2002 attesteret, at selskabet i henhold til Finanstilsynets breve af 26. oktober 2001 og 6. februar 2002 er berettiget til at overføre 110 mio. kr. fra bonusudjævningshensættelserne til egenkapitalen som en engangskorrektion.

På baggrund af drøftelser med Finanstilsynet i foråret 2002 har selskabet foretaget en alternativ beregning af engangskorrektionen. Denne beregning er ifølge det oplyste gennemført for at tage højde for Finanstilsynets bemærkning om, at sikkerhedsfonde alene kan anvendes til fordel for de forsikrede og ikke kan tilbageføres til ejerne. Engangskorrektionen bliver efter denne beregning 115 mio. kr.

Selskabet har i brev af 2. september 2002 anført, at selskabet har besluttet at foretage en engangskorrektion på 115 mio. kr.

Selskabet henlagde i 1989 25 mio. kr. til en sikkerhedsfond. Primo 1989 androg sikkerhedsfonden 0 mio. kr. I årsregnskabet for 1989 anførte selskabet, at *"Sikkerhedsfonden er ifølge selskabets vedtægter bundet til en eventuel styrkelse af de tekniske reserver eller på anden måde til fordel for de forsikrede"*. ...

Selskabet anfører i brev af 2. september 2002, at anvendelsen af sikkerhedsfonden i 1991 og 1992 i regnskaberne er opført som ultimo posteringer i balancen. Fondens midler blev anvendt til dækning af de betalinger, som selskabet som følge af de indgåede aftaler med kunderne var forpligtet til at erlægge til forsikringstagerne de pågældende år. Efter selskabets opfattelse er fondens midler således ikke blevet anvendt til at dække driftsunderskuddene i 1991 og 1992.

Selskabet har endvidere på mødet den 10. september 2002 mundtligt givet udtryk for, at selskabets beregninger ikke indebærer, at sikkerhedsfonden konverteres til fri egenkapital, men at der alene er tale om beregninger. De tidligere truffne beslutninger ligger fast. Selskabet finder således, at beregningen af engangskorrektionen af egenkapital opfylder kravene i Finanstilsynets brev af 26. oktober 2001.

Det er imidlertid Finanstilsynets opfattelse, at den af selskabets revisorer beregnede mulige engangskorrektion på 110 mio. kr. ikke kan rummes inden for de rammer for engangskorrektion af egenkapitalen, der er angivet i tilsynets brev af 26. oktober 2001. Dette brev giver som nævnt mulighed for at overføre midler fra bonusudjævningshensættelser til egenkapital under visse betingelser, herunder såfremt der ikke er konkrete forhold, der begrænser dispositionsfriheden. Brevet vedrører ikke en eventuel mulighed for at overføre midler fra sikkerhedsfonde til den del af egenkapitalen, som selskabets ejere frit kan disponere over.

...

Efter tilsynets opfattelse er selskabet ikke berettiget til at korrigere egenkapitalen for den del af driftsunderskuddene i 1991 og 1992, som i praksis er blevet dækket af midler fra sikkerhedsfonden. Anvendelsen af sikkerhedsfondens midler er efter tilsynets opfattelse et konkret forhold, der begrænser dispositionsfriheden.

I selskabets alternative beregning er det faktiske overskud i 1991 og 1992 korrigeret, således som Finanstilsynet foreskriver i henhold til ovenstående. Selskabet har imidlertid tillige ændret det faktiske overskud i 1989 svarende til, at henlæggelsen til sikkerhedsfond har belastet det faktiske overskud. At den alternative beregning giver et anderledes resultat end den oprindelige beregning skyldes forrentning af egenkapitalens tilgodehavende.

Selskabets alternative beregning kan heller ikke rummes inden for rammerne af de retningslinier, der blev fastlagt med brevet af 26. oktober

2001, idet beregningen svarer til, at selskabets beslutning om, at henlægge 25 mio. kr. til sikkerhedsfonden i 1989 omgøres, idet overskuddet nedskrives svarende til, at egenkapitalen får et tilgodehavende på den andel af overskuddet, der blev overført til sikkerhedsfonden.

...”

I afgørelsen truffet i forhold til K2 hedder det blandt andet:

”...

Selskabets eksterne revisorer har i brev af 14. juni 2002 attesteret, at selskabet i henhold til Finanstilsynets breve af 26. oktober 2001 og 6. februar 2002 er berettiget til at overføre 2.161 mio. kr. fra bonusudjævningshensættelserne til egenkapitalen som en engangskorrektion.

På baggrund af drøftelser med Finanstilsynet i foråret 2002 har selskabet foretaget en alternativ beregning af engangskorrektionen. Denne beregning er ifølge det oplyste gennemført for at tage højde for Finanstilsynets bemærkning om, at sikkerhedsfonde alene kan anvendes til fordel for de forsikrede og ikke kan tilbageføres til ejerne. Engangskorrektionen bliver efter denne beregning 854 mio. kr.

Selskabet har i brev af 2. september 2002 anført, at selskabet har besluttet at foretage en engangskorrektion på 854 mio. kr. under hensyntagen til, at selskabets kapitalforhold ikke retfærdiggjorde en engangskorrektion på 2.161. mio. kr.

Selskabet henlagde i 1989 1.505 mio. kr. til en sikkerhedsfond. Primo 1989 androg sikkerhedsfonden 736 mio. kr. I årsregnskabet for 1989 anførte selskabet, at *”Sikkerhedsfonden er ifølge selskabets vedtægter bundet til en eventuel styrkelse af de tekniske reserver eller på anden måde til fordel for de forsikrede”*....

...

Det er imidlertid Finanstilsynets opfattelse, at den af selskabets revisorer beregnede mulige engangskorrektion på 2.161 mio. kr. ikke kan rummes inden for de rammer for engangskorrektion af egenkapitalen, der er angivet i tilsynets brev af 26. oktober 2001. Dette brev giver som nævnt mulighed for at overføre midler fra bonusudjævningshensættelser til egenkapital under visse betingelser, herunder såfremt der ikke er konkrete forhold, der begrænser dispositionsfriheden. Brevet vedrører ikke en eventuel mulighed for at overføre midler fra sikkerhedsfonde til den del af egenkapitalen, som selskabets ejere frit kan disponere over.

...

I selskabets alternative beregning er det faktiske overskud i 1991 og 1992 korrigeret, således som Finanstilsynet foreskriver i henhold til ovenstående. Selskabet har imidlertid tillige ændret det faktiske overskud i 1989 svarende til, at henlæggelsen til sikkerhedsfond har belastet det faktiske overskud. At den alternative beregning giver et anderledes resultat end den oprindelige beregning skyldes ud over forrentning af egenkapitalens tilgodehavende, at der var henlagt midler til sikkerhedsfonden før 1989, og at der ikke neutraliseres for disse henlæggelser.

Selskabets alternative beregning kan heller ikke rummes inden for rammerne af de retningslinier, der blev fastlagt med brevet af 26. oktober 2001, idet beregningen svarer til, at selskabets beslutning om, at henlægge 1.505 mio. kr. til sikkerhedsfonden i 1989 omgøres, idet overskuddet nedskrives svarende til, at egenkapitalen får et tilgodehavende på den andel af overskuddet, der blev overført til sikkerhedsfonden.

...”

Klageskrivelsen af 22. november 2002 over Finanstilsynets afgørelser af 28. oktober 2002 samt uddybende skrivelse af 29. januar 2003

I klageskrivelsen af 22. november 2002 har advokat A på vegne af selskaberne påstået selskabernes engangskorrekationer anerkendt og har blandt andet anført:

”...

Selskaberne har på bestyrelsesmøder den 18. juni 2002 besluttet at foretage engangskorrektion i A/S K1 med kr. 115 mio., ved overførelse af dette beløb fra bonusudjævningshensættelserne til egenkapitalen og i K2 A/S med kr. 854 mio. ved overførelse af dette beløb fra bonusudjævningshensættelserne til egenkapitalen. Dette er meddelt Finanstilsynet ved skrivelser af 25. juni 2002. Finanstilsynets afgørelser indebærer, at Finanstilsynet ikke kan tiltræde den del af korrektionerne, der overstiger henholdsvis kr. 62 mio. og kr. 180 mio.

Selskaberne har nærmere redegjort for deres begrundelse for at foretage de nævnte engangskorrekationer senest ved skrivelser af 2. september 2002,

...”

I skrivelse af 29. januar 2003, hvori klageskrivelsen uddybes, har advokat A blandt andet anført:

”PÅSTAND:

Finanstilsynet tilpligtes at anerkende, at klagerne er berettigede til at foretage engangskorrektion mellem bonusudjævningshensættelser og egenkapital som besluttet af klagernes respektive bestyrelser den 18. juni 2002 og som tilkendegivet over for Finanstilsynet den 2. september 2002.

0. Om klagerne

... (udeladt)

2. Klagesagens baggrund

Klagerne bestyrelser vedtog i november 1996 regler for forrentning af egenkapitalen, som blev anvendt fra og med 1997. Forud for 1997 havde klagerne ikke formuleret regler for egenkapitalforrentning.

Den vedtagne regel gik for begge klager ud på, at egenkapitalen skulle forrentes med kontorenten tillagt et driftsherretillæg på 3% af årets præmieindtægt.

Klagerne bestyrelser vedtog den 18. juni 2002 at bemyndige klagerne ledelser til at foretage engangskorrekationer på 854 mio. for K2 og 115 mio. for K Pensionsforsikring. Korrekationer skyldtes, dels en ændring af periodiseringsprincipper i overensstemmelse med Finanstilsynets brev af den 6. februar 2002, dels en anvendelse af den i 1996 vedtagne regel for egenkapitalforrentning også i perioden forud for 1997. Sidstnævnte forhold udgjorde den væsentligste del af korrekationer.

For så vidt angår K2 skal knyttes den bemærkning, at det samlede, beregnede korrektionspotentiale ikke blev anvendt, idet bestyrelsen besluttede at udeholde de kurstab, som selskabet i begyndelsen af 1990'erne led på K2-koncernens særlige investeringer i forsikringsselskaberne B og C. Forsikringstagerne er hermed endeligt og definitivt befriet fra negativ økonomisk påvirkning hidrørende fra disse særlige investeringer.

Klagerne ledelse førte herefter drøftelser med Finanstilsynet om det beregnede korrektionspotentiale, hvorunder bl.a. Finanstilsynet (skrivelse af 15. august 2002) til klagerne anførte, at Finanstilsynet mente, at den ved opgørelserne anvendte metode var *“i strid med, at midler henlagt i sikkerhedsfonde ikke kan anses for egenkapital, jf. § 141 stk. 2 i lov om forsikringsvirksomhed.”*

Klagerne ledelse traf i henhold til og i overensstemmelse med den nævnte bemyndigelse beslutning om korrektion, hvilket blev meddelt Finanstilsynet ved skrivelser af den 2. september 2002 ...

Beslutningerne om korrekationer blev i overensstemmelse med Finanstilsynets brev af den 6. februar 2002 ledsaget af en revisorudtalelse af 14. juni 2002 ... samt en aktuarudtalelse af 19. juni 2002 ...

...

Baggrunden for disse afgørelser er, at K2 i 1989 henlagde kr. 1.505 mio. til en sikkerhedsfond, oprettet i medfør af LFV § 141, der herefter i alt beløb sig til kr. 2.241 mio. Tilsvarende henlagde K i 1989 kr. 25 mio. til en sikkerhedsfond, oprettet i medfør af LFV § 141.

De sikkerhedsfonde, der indgår i nærværende sag, var forskriftsmæssigt reguleret i klagernes vedtægter, der på dette punkt var identiske.

I de i 1989 gældende vedtægter var følgende således herom bestemt:

” § 29

Stk. 1: De under selskabet hørende fonde er følgende:

.

.

.

.

4) Sikkerhedsfonden.

.

.

.

Stk. 2: Sikkerhedsfonden må ikke formindskes. Midler, der er henlagt til sikkerhedsfonden, kan derfor ikke fraføres denne. Er basiskapitalen, herunder medregnet sikkerhedsfonden, større end den nødvendige solvensmargen, kan den overskydende del af sikkerhedsfonden med Finanstilsynets samtykke dog anvendes til styrkelse af de tekniske reserver eller på anden måde til fordel for de forsikrede.

.

.

.

§ 30

Af det årlige driftsresultat som fremkommer ifølge selskabets årsregnskab, opgjort i henhold til lovgivningens bestemmelser og reglerne om god regnskabsskik henlægges, efter at muligt underskud fra tidligere år er dækket, så stort et beløb til sikkerhedsfonden eller reservefondene, at basiskapitalen har nået den foreskrevne størrelse, hvorefter der udbetales et udbytte på 8%. Derefter foretages den af bestyrelsen bestemte henlæggelse til eventuelle andre fonds, hvorefter der udbetales et yderligere udbytte efter bestyrelsens skøn”

I juni 1990 ændredes de fortsat på dette punkt identiske vedtægter følgende bestemmelse om sikkerhedsfonde:

“§ 31.

.

.

stk2: Selskabet kan foretage henlæggelser til en sikkerhedsfond.

stk3: Anvendelse og fraførelse af midler fra sikkerhedsfonden kan kun ske i overensstemmelse med reglerne i lov om forsikringsvirksomhed”

I forbindelse med en række tab, som klagerne led på forsikringsvirksomheden i 1991 og i 1992, blev sikkerhedsfondene efter tilladelse fra Finanstilsynet frigivet med beløb, som hvert af årene var mindre end de konstaterede forsikringstekniske underskud. ...

...

Uenigheden mellem klagerne og Finanstilsynet i nærværende sag angår således, hvorvidt klagerne ved opgørelsen af engangskorrekturen mellem bonusudjævningshensættelserne og egenkapitalen skal fratække de beløb, som i 1991 og 1992 blev frigivet fra sikkerhedsfondene, og dermed påny henført til den almindelige egenkapitalen, blot fordi de pågældende frigivelser skete på grundlag af tilsvarende eller større forsikringstekniske underskud, som reducerede egenkapitalen i de pågældende år.

Som det fremgår af Finanstilsynets afgørelse, har klagerne opgjort den mulige engangskorrektur på to alternative måder. I det første alternativ er de tab, som blev lidt i 1991 og 1992 blevet belastet egenkapitalen uden hensyn til, at en del af egenkapitalen var bundet i en sikkerhedsfond. I det andet alternativ er de tab, som blev dækket af sikkerhedsfondene, ikke regnet som tab lidt af egenkapitalen i 1991 og 1992, men derimod er overskuddet i 1989 blev nedskrevet med de foretagne henlæggelser til sikkerhedsfondene. Forskellene i de opgjorte beløb efter de to alternativer skyldes dels forrentning, og for K2s vedkommende dels at en del af henlæggelsen til sikkerhedsfonden blev foretaget forud for 1989.

Efter klagerens opfattelse er de to alternativer for opgørelsen af engangskorrekturen uden betydning for afgørelsen af nærværende sags principielle spørgsmål. For så vidt angår K2 - hvor de to alternativer medfører en væsentlige forskel - kan den faktisk vedtagne engangskorrektur under alle omstændigheder beløbsmæssigt rummes inden for den laveste af de to opgørelser.

...

3. Anbringender

3.0 Indledning

Indledningsvis bemærkes, at klagerne under denne sag ikke fremfører retlige indvendinger imod Finanstilsynets hjemmelsgrundlag for så vidt angår udstedelsen af bekendtgørelse nr. 59 af 29. januar 2001 om kontributionsprincippet og den efterfølgende forvaltningsudøvelse gennem skrivelser af 26. oktober 2001 og 6. februar 2002.

Nærværende sag kan derfor afgøres under den overordnede antagelse, at Finanstilsynet har været beføjet til at udstede en bekendtgørelse om kontributionsprincippet, som Finanstilsynet selv har fortolket således, at der heri er kodificeret et siden 1989 gældende forbud mod fraførelse af midler fra bonusudjævningshensættelser til egenkapital.

Med disse bemærkninger forbeholdes i øvrigt klagerne retsstilling i enhver henseende.

I tilknytning hertil bemærkes indledningsvis, at det gøres gældende, at Finanstilsynet omvendt definitivt er forvaltningsretligt bundet af såvel det generelle som specifikke indhold af sin forvaltningsudøvelse i form af skrivelser af 26. oktober 2001 og 6. februar 2002. I det omfang Finanstilsynet havde ret i - hvilket altså under nærværende sag antages - at der ikke alene i medfør af, men også før kontributionsbekendtgørelsen (eller Finanstilsynets skrivelse af 26. oktober 2001) gjaldt et forbud mod overførelse af midler fra bonusudjævningshensættelser til egenkapital, så indeholder skrivelsen af 26. oktober 2001 en i forhold til klagerne begunstigende forvaltningsakt, som Finanstilsynet ikke efterfølgende er berettiget til at tilbagekalde og/eller begrænse.

Indledningsvis bemærkes yderligere, at det kan lægges til grund, at der ikke i de hos klagerne besluttede engangskorrekationer er foretaget en omgørelse eller ændring af allerede truffne dispositioner. Engangskorrekationerne repræsenterer ikke nogen tilbageførelse af de henlæggelser, der i 1989 blev foretaget til sikkerhedsfonde, eller nogen omgørelse af de dispositioner, der i regnskabsårene 1991 og 1992 blev foretaget i anledning af Finanstilsynets tilladelse til frigivelse af midler, henlagt i sikkerhedsfonde, til dækning af tab i disse regnskabsår. Det kan således lægges til grund, at den foretagne beregning af korrektionspotentialet udelukkende indebærer en omfordeling af foretagne hensættelser i bonusudjævningsfonde, foretaget hos klagerne i perioden 1989 og frem.

3. Sikkerhedsfonde

Under hensyntagen til den ovenfor citerede udtalelse fra Finanstilsynet i skrivelse af 15. august 2002 til klagerne, hvor Finanstilsynet giver udtryk for, at sikkerhedsfonde ikke med rette er blevet opfattet som en del af egenkapitalen, er der grund til at gøre visse bemærkninger herom. Klagerne er opmærksomme på, at det citerede udsagn ikke er gentaget i de afgørelser, der er indbragt for Erhvervsankenævnet, men henset til afgørelsernes indhold i øvrigt er det for klagerne ikke klart, om afgørelserne i så henseende skal betragtes som en berigtigelse af Finanstilsynets citerede udsagn. Det bemærkes herved, at klagerne i deres skrivelser af 2. september 2002 ... afslutningsvis anmodede Finanstilsynet om at bekræfte, at midler henlagt til sikkerhedsfonden tilhører egenkapitalen. Finanstilsynet har ikke udtrykkeligt afgivet en sådan bekræftelse i de påklagede afgørelser.

Det gøres til støtte for den nedlagte påstand gældende, at henlæggelser, foretaget til sikkerhedsfonde i medfør af lov om forsikringsvirksomhed § 141, repræsenterer en bestanddel af egenkapitalen, selvom de henlagte midler alene kan anvendes efter tilladelse fra Finanstilsynet til *“dækning af tab ved afvikling af de forsikringsmæssige forpligtelser eller i øvrigt til fordel for de forsikrede”*, jf. lov om forsikringsvirksomhed § 141 stk. 2, eller som det udtrykkes i de ovenfor citerede vedtægtsbestemmelser *“til styrkelse af de tekniske reserver eller på anden måde til fordel for de forsikrede”*.

Historisk set var henlæggelser til en sikkerhedsfond obligatoriske op til et vist beløb, idet sikkerhedsfonden herved varetog det hensyn, der efter ændringen af LFV i 1975 bliver varetaget af reglerne om solvensmargen og basiskapital. Således blev henlæggelser til en sikkerhedsfond gjort frivillige.

I Forsikringstilsynets notat om ændring af regnskabsbestemmelserne i lov om forsikrings virksomhed af den 14. maj 1987, fremgår følgende om sikkerhedsfonden:

“Sikkerhedsfonden kan omvendt opfattes som egenkapital ud fra den betragtning, at de ikke modsvares af kendte forpligtelser. Forsikringstagerne kan således ikke med henvisning til lov- eller vedtægtsbestemmelser om sikkerhedsfonde gøre krav på disse midler, og i tilfælde af likvidation vil sikkerhedsfonden - efter fradrag af skat - tilfalde aktionærerne, forud sat forpligtelserne er opgjort korrekt. Efter den normale definition af “egenkapital”, hvorefter denne bestemmes residuelt som differencen mellem de samlede aktiver og de samlede forpligtelser, er sikkerhedsfonde derfor - med fradrag af skat - at betragte som egenkapital.”

Endvidere henvises til bestemmelsen i lov om forsikringsvirksomhed § 34 stk. 3, der objektivt og entydigt kategoriserer henlæggelser til sikkerhedsfond som en bestanddel af egenkapitalen, samt de hertil hørende bekendtgørelser, der regulerer forsikringssekskabers kapitalgrundlag og regnskabsaflæggelse.

Yderligere henvises til den redegørelse, der er indeholdt i klagerens skrivelser af 2. september 2002 ..., der med henvisninger til den juridiske litteratur yderligere understøtter det anbringende, at det af Finanstilsynet afgivne udsagn ikke er korrekt.

3.2 Anvendelse af midler fra sikkerhedsfonde

Det følger af ovenstående, at de i regnskabsårene 1991 og 1992 med Finanstilsynets tilladelse foretagne overførelser fra sikkerhedsfondene repræsenterede en anvendelse af egenkapitalmidler til dækning af de i disse år realiserede tab på forsikringsvirksomheden. Overførelsen indebar en styrkelse af selskabernes tekniske reserver, hvorved selskaberne blev i stand til at honorere forsikringstageres forrentningskrav.

Som det fremgår af de ... fremlagte regnskaber, blev der i begge selskaber i 1992 med samme formål foretaget betydelige kontante kapitalindskud fra klagernes moderselskab.

Af samme regnskaber fremgår det desuden, at der i 1991 - med henblik på opfyldelse af forsikringstagernes forrentningskrav - blev anvendt midler fra bonusudjævningshensættelserne.

Samlet blev disse dispositioner foretaget for at imødekomme forsikringstagernes berettigede krav om forrentning og for at imødekomme forsikringstagernes interesse i, at selskabets kapitalberedskab opfyldte gældende solvenskrav således, at selskabernes formålsbestemte virksomhed kunne fortsætte uhindret af de begivenheder, der påførte selskaberne store tab i disse regnskabsår.

I modsætning til forsikringstagerne erhvervede selskabets ejere ikke nogen forrentning af sit kapitalindestående eller nogen form for kompensation for driftsherrerisikoen i de på gældende regnskabsår.

Det gøres gældende, at henlæggelsen til sikkerhedsfonde i 1989 (og tidligere) og sikkerhedsfondenes anvendelse i overensstemmelse med det lovbestemte formål i 1991 og 1992 på ingen måde repræsenterer et eksplicit eller implicit, endsige lovbestemt fravalg af egen kapitalens berettigede krav på forrentning og kompensation for driftsherrerisikoen. Ej heller repræsenterer hverken henlæggelse til eller anvendelse fra sikkerhedsfondene eksplicit eller implicit, endsige lovbestemt fravalg af det almindelige kontributionsprincip, hvorefter der skal foretages en rimelig fordeling af selskabets realiserede resultater mellem på den ene side forsikringstagerne og på den anden side egenkapitalen/selskabets aktionærer med udgangspunkt i, hvorledes de respektive interesser har bidraget til det forretningsmæssige resultat.

Det bestrides således som antaget af Finanstilsynet i de påklagede afgørelser, at *“anvendelsen af sikkerhedsfondens midler er et konkret forhold, der begrænser dispositionsfriheden “*. ...

Præciserende bemærker klagerne dog herved, at det ikke bestrides, at ledelsen for så vidt angår sin dispositionsfrihed over sikkerhedsfondenes anvendelse er begrænset af de for sikkerhedsfondenes vedkommende gældende regler. Men det er klagernes opfattelse, at Finanstilsynet med den citerede begrundelse nødvendigvis må karakterisere anvendelsen af sikkerhedsfondene som et ubetinget og definitivt frafald af egenkapitalens berettigede interesser i overskudsdisponeringen i øvrigt, herunder i overensstemmelse med kontributionsprincippet over tid at opnå en forrentning af egenkapitalen, der er rimeligt under hensyntagen til forsikringstagernes interesser og de realiserede resultater.

Det understreges i denne forbindelse på ny, at nærværende sag ikke drejer sig om overførelse, hverken direkte eller indirekte, af midler fra sikkerhedsfondene til egenkapitalen, men om en engangskorrektion af bonusudjævningshensættelser, således som disse er genereret i perioden 1989 til og med 2001.

3.3. Finanstilsynets skrivelse af 26. oktober 2001

Som anført indledningsvis gøres det under nærværende sag gældende, at Finanstilsynet er forvaltningsretligt bundet af såvel det generelle som specifikke indhold af sin skrivelse af 26. oktober 2001.

Generelt er Finanstilsynet derfor bundet af med skrivelsen at have anerkendt, at forsikringsselskaber forud for den 26. oktober 2001 med føje ikke havde haft grundlag for at indse, at kontributionsprincippet (efter Finanstilsynets opfattelse, der således antageligvis under nærværende sag kan lægges til grund) indebærer, at der ikke kan tilbageføres egenkapitalen midler, der tidligere er henlagt i bonusudjævningshensættelserne, selvom egenkapital forrentningen målt over en årrække herved ikke bliver urimelig høj. Endvidere er Finanstilsynet generelt bundet af sit tilsagn om ikke at ville modsætte sig, at selskaberne i lyset heraf foretager en korrektion af tidligere års praksis for fordeling af midler mellem egenkapital og bonusudjævningshensættelser tilbage fra 1989.

Generelt er Tilsynet videre bundet af, at denne korrektion har til formål at tilgodese de selskaber, der *“i en årrække har henlagt mere i bonusudjævningshensættelserne end man ville have gjort, såfremt man havde været opmærksom på Tilsynets fortolkning vedrørende tilbageførsel.”*

Konkret er Tilsynet endvidere bundet af, at korrektionen skal foretages på baggrund af et anmeldt eller udmeldt niveau for den tilsigtede egenkapitalforrentning og, at en tilkendegivet regel i perioden som udgangspunkt også kan lægges til grund for den forudgående periode, med mindre *“der er konkrete holdepunkter for andet.”* Tilsynet er således bundet af, at selskaberne skal kunne *“sandsynliggøre”* det ønskede niveau for egenkapitalforrentning.

Det bemærkes og understreges i denne sammenhæng, at klagerne anerkender, at kontributionsprincippet - også efter den praksis, der har været fulgt hos klagerne - fordrer, at egenkapitalforrentningen skal være rimelig og således repræsentere en rimelig fordeling af de realiserede resultater over en årrække mellem forsikringstagerne og egenkapitalen i det omfang, disse har bidraget til resultaterne. Dette vedstås generelt og det gøres gældende, at den af klagerne foretagne opgørelse af korrektionspotentialitet respekterer denne grundlæggende forståelse af kontributionsprincippet indhold.

Konkret er Tilsynet endelig bundet af sin i skrivelsen indeholdte kvalifikation af de forhold, der kan begrænse ledelsens mulighed for - på eget ansvar - at foretage en korrektion. Skrivelsen indeholder et eksempel, der angår tilfælde, hvor selskabet har afgivet løfter overfor forsikringstagerne, herunder i sammenhæng med markedsføringstiltag, der betyder, at en maksimal korrektion vil indebære et løftebrud.

Også denne særlige kvalifikation af selskabernes evne til at foretage korrektion anerkendes, idet klagerne ikke alene ønsker og ved deres opgørelse har respekteret kontributionsprincippet uomtvestede indhold, men også vedstår de på anden måde afgivne løfter og tilsagn til forsikringstagerne.

3.4. Finanstilsynets skrivelse af 6. februar 2002

Med skrivelse af 6. februar 2002 uddybede Finanstilsynet yderligere sin fortolkning af kontributionsprincippet og kontributionsbekendtgørelsen, samt præciserede de omstændigheder, der skulle tages i betragtning ved gennemførelse af engangskorrektioner som tilladt ved skrivelse af 26. oktober 2001.

Også for så vidt angår denne skrivelse gøres det gældende, at Finanstilsynet er bundet af såvel det generelle som det konkrete indhold under hensyntagen til den begunstigelse, der - under antagelse af, at Finanstilsynet har ret i sin fortolkning af kontributionsprincippet og kontributionsbekendtgørelsen - er indeholdt i tilladelsen til engangskorrektioner.

Hermed er Finanstilsynet forvaltningsretligt bundet af sin generelle kvalifikation af, hvad der ligger i den tilladelse, som Finanstilsynet har afgivet, der har følgende ordlyd:

“Korrektionen skal afspejle den forrentning, som et selskab kan siges at have til gode som følge af at forrentning med kontorenten over perioden kan have givet en lavere forrentning end forrentning med det faktiskrealiserede investeringsafkast.”

Det gøres således gældende, at Tilsynet konkret er bundet af sit udsagn om, at det med skrivelse af 26. oktober 2001 *“blev fastslået, at selskaberne ikke længere kan overføre midler fra bonusudjævningshensættelserne til egenkapitalen”*. (min fremhævning).

Det gøres gældende, at der ikke i denne skrivelse er foretaget nogen præcisering for så vidt angår de ‘konkrete forhold’, der efter skrivelse af 26. oktober 2001 Kan begrunde en indskrænkning i ledelsens dispositionsfrihed.

I forlængelse af understregningen af, at engangskorrektionen af egenkapitalen foretages på ledelsens ansvar, indeholder skrivelsen af 6. oktober 2002 [6. februar 2002] således i det følgende alene en understregning af, at de anmeldte eller på anden vis tilkendegivne regler om forrentning af egenkapitalen skal respekteres. Dette vil naturligvis også omfatte de udmeldinger, som selskaberne på anden måde måtte være kommet med og, som eventuelt supplerer en officielt udmeldt forrentningsregel på egenkapitalen.

Med denne bemærkning slås det fast, at de påklagede afgørelser ikke baserer sig på eller finder støtte i Finanstilsynets skrivelse af 6. februar 2002. Finanstilsynet har under tilblivelsen af disse afgørelser

udtrykkeligt anerkendt, at de i skrivelsen anførte retningslinjer er opfyldt.

For så vidt angår K2 præciseres det, at der for at imødekomme denne skrivelser indhold i øvrigt er foretaget en opgørelse, der indebærer en anvendelse af den såkaldte "skyggekonto" således, at den mulige korrektion gennemføres løbende over de kommende år.

Der henvises endvidere til ... erklæringer fra henholdsvis de valgte revisorer og ansvarshavende aktuarer. Om sidstnævnte erklæring bemærkes, at de ansvarshavende aktuarer i henhold til erklæringens indhold har bekræftet den af ledelsen foretagne opgørelses principielle overensstemmelse med de i Finanstilsynets skrivelse af 6. februar 2002 indeholdte retningslinjer. Aktuarernes bemærkninger i øvrigt til de hypotetiske forhold vedrørende ledelsens dispositioner i øvrigt, er ikke en bestanddel af erklæringen, der underkender overholdelsen af retningslinjerne som beskrevet i Finanstilsynets skrivelse af 6. februar 2002.

3.5 Sammenfatning

Til støtte for den nedlagte påstand gøres det i overensstemmelse med ovenstående gældende

- at klagerne "på ledelsens ansvar" er beføjet til at opgøre en korrektion, der afspejler den forrentning af egenkapitalen, der på grundlag af det faktiskrealiserede investeringsafkast i perioden kunne have været foretaget, såfremt selskaberne havde været bekendt med, at det var Finanstilsynets opfattelse, at kontributionsprincippet indebærer et forbud mod overførelse af midler fra bonusudjævningshensættelser til egenkapital,
- at korrektionen skal basere sig på de regler om forrentning, som klagerne har vedtaget og tilkendegivet overfor forsikringstagerne,
- at sådanne regler som udgangspunkt kan anvendes for hele perioden, med mindre konkrete forhold tilsiger andet,
- at klagerne herved ved opgørelsen skal respektere andre tilkendegivelser, herunder i markedsføringsmateriale, der udtrykker begrænsninger i egenkapitalens krav på forrentning i overensstemmelse med kontributionsprincippets almindelige indhold,
- at hverken henlæggelse til eller anvendelse af midler fra sikkerhedsfonde, der er en bestanddel af egenkapitalen, eksplicit eller implicit, endelige lovbestemt repræsenterer en tilkendegivelse om et definitivt frafald af forrentning af egenkapital,
- at klagerne derfor ved en sådan opgørelse er berettiget til kompensation for den manglende forrentning af egenkapitalen, der indtraf i regnskabsårene 1991 og 1992 som følge af massive tab,

og hvor forsikringstagerne opnåede depotforrentning som følge af selskabernes anvendelse af midler fra sikkerhedsfonde (såvel som supplerende kapitalindskud), og

at den af klagernes ledelse foretagne beregning overholder kontributionsprincippet almindelige indhold såvel som det konkrete indhold i Finanstilsynets kontributionsbekendtgørelse med supplerende skrivelser af 26. oktober 2001 og 6. februar 2002 samt at det har formodningen mod sig, at klagerne uden en særlig eller udtrykkelig tilkendegivelse herom skulle have givet afkald på den forrentning af egenkapitalen, som efter kontributionsprincippet er rimelig, hvilken formodning Finanstilsynet ikke kan afkræfte.

Det fremhæves i tilknytning hertil, at de af ledelsen foretagne opgørelser af korrektionspotentialet, herunder alternative opgørelser, respekterer de af selskaberne foretagne dispositioner i perioden, idet dog bemærkes, at Finanstilsynets tilladelse til at foretage en korrektion i forhold til et hypotetisk forløb i sin natur indebærer en vis omgørelse.

Det fremhæves i tilknytning hertil endvidere, at de af ledelsen foretagne opgørelser i overensstemmelse med Finanstilsynets tilladelse alene relaterer sig til og er begrænset af mulighederne for omdisponering af henlæggelser til bonusudjævningshensættelser, der er foretaget i perioden, herunder også dispositioner over bonusudjævningshensættelser, der blev foretaget i 1991 og 1992.

Endelig bemærkes i tilknytning hertil, at klagernes beslutning om engangskorrektionens omfang - der er lavere end korrektionspotentialet - har taget konkrete forhold i betragtning, hvorved blandt andet forsikringstagerne er blevet friholdt for de særlige investeringer i Baltica og Skandia i slutningen af 1980'erne."

I den over sagerne af Erhvervsankenævnet indhentede redegørelse af 12. marts 2003 har Finanstilsynet om sagens retlige omstændigheder oplyst:

"...

2. Det retlige grundlag

Finanstilsynet har i breve af 26. oktober 2001 og 6. februar 2002 ... til samtlige livsforsikringselskaber og tværgående pensionskasser angivet principperne for en engangskorrektion af selskabernes egenkapital.

...

I henhold til § 34, stk. 3, i lov om forsikringsvirksomhed samt § 12, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 84 af 6. februar 2003 om kapitalgrundlag og driftsplaner for forsikringselskaber, jf. bekendtgørelse nr. FN 205 af 18.

december 2002 om livsforsikringssekskabers og tværgående pensionskassers årsregnskaber, bilag 2, post I, henregnes sikkerhedsfonde til selskabets egenkapital ved aflæggelse af årsregnskab og kan indregnes i selskabets basiskapital. I henhold til § 141, stk. 2, i lov om forsikringsvirksomhed er selskabets dispositionsfrihed med hensyn til anvendelse af midler fra sikkerhedsfonde begrænset. Henlæggelser til sikkerhedsfonde er således "bunden" egenkapital.

I henhold til § 13 C, stk. 1, i selskabsskatteloven¹¹ var henlæggelser til sikkerhedsfonde skattefrie før 1990.

3. Finanstilsynets vurdering af sagen

Finanstilsynet vurderer, at de af selskaberne vedtagne engangskorrekktioner rent teknisk er i overensstemmelse med de af Finanstilsynet udmeldte principper, når der ses bort fra spørgsmålet om sikkerhedsfonde.

Det fremgår bl.a. af Finanstilsynets breve til samtlige livsforsikringssekskaber og tværgående pensionskasser ..., at hvis et selskab ikke har anmeldt eller tilkendegivet en regel for forrentning af egenkapitalen, kan selskabet foretage en korrekktion ud fra regler, som selskabet kan sandsynliggøre, at selskaberne ville have fulgt. Det fremgår ligeledes, at hvis en regel f.eks. er indført i 1996, kan den formentlig også finde anvendelse for perioden forud, medmindre der er konkrete holdepunkter for andet. Det fremgår endelig, at selskaberne kan foretage en rimelig korrekktion af egenkapitalen, og at korrekktionen sker på ledelsens ansvar.

De ansvarshavende aktuarer tilkendegav i deres redegørelse, at forudsætningerne i Finanstilsynets breve efter deres opfattelse ikke var opfyldt for korrekktionen af driftsherretillægget frem til 1997. De valgte revisorer tog i deres redegørelse ikke stilling til, om der var forhold, der begrænsede muligheden for at foretage de vedtagne engangskorrekktioner.

Finanstilsynet vurderer, at tilsynet med brevene til alle livsforsikringssekskaber og tværgående pensionskasser ... generelt har givet mulighed for at foretage sådanne korrekktioner af driftsherretillæg tilbage i tiden, medmindre der er konkrete holdepunkter for andet. Tilsynet har ikke fundet, at der i de foreliggende tilfælde er konkrete holdepunkter for andet, idet aktuarerne ikke har dokumenteret, at selskaberne ikke havde til hensigt at tilskrive egenkapitalen tilsvarende løbende over de kommende år, men alene har angivet, at de ikke har kunnet finde dokumentation for, at selskaberne ville foretage en sådan korrekktion. Da aktuarerne således ikke har påtalt noget konkret, der indebærer, at tilsynet haft grundlag for at gribe ind overfor selskabernes engangskorrekktioner, har tilsynet accepteret disse for så vidt angår beregningerne tilbage til 1989 med de i 1996 fastlagte egenkapitalforrentningsregler.

Det er imidlertid Finanstilsynets vurdering, at bestemmelsen i lov om forsikringsvirksomhed § 141, stk. 2, indebærer, at selskaberne ikke kan korrigere for de beløb, der med tilsynets tilladelse i 1991 og 1992 blev overført fra sikkerhedsfondene til anvendelse til fordel for de forsikrede. Efter Finanstilsynets opfattelse følger det af bestemmelsen, at når et selskab (skattefrit) har henlagt midler til sikkerhedsfonde, er disse midler bunden egenkapital, der er reserveret til anvendelse til fordel for de forsikrede. Selskaberne valgte i 1991 og 1992 at anvende midlerne fra sikkerhedsfondene til dette formål, idet midlerne anvendtes til dækning af tab på forsikringsforretningen. Ændringer i sikkerhedsfonde er ikke omfattet af Finanstilsynets udmeldinger omkring mulighederne for engangskorrektion af egenkapitalen, da de ikke oprindeligt har været en del af egenkapitalen, som aktionærerne frit har kunnet disponere over.

Selskaberne kan i øvrigt ikke efter Finanstilsynets opfattelse efterfølgende rette op herpå ved at foretage den ... beskrevne neutralisering af sikkerhedsfondshenlæggelserne i 1989. Neutraliseringen er gennemført ved, at egenkapitalen i 1989 er reguleret, som om der ikke er sket henlæggelse til sikkerhedsfonden i 1989, og tilsvarende er ovennævnte korrektion for de beløb, der i 1991 og 1992 blev overført fra sikkerhedsfondene, ikke gennemført. Metoden medfører imidlertid, at den del af sikkerhedsfonden, der var opbygget inden 1989, i realiteten er blevet overført til den del af egenkapitalen, som aktionærerne frit kan disponere over. I K2 udgjorde henlæggelserne til sikkerhedsfond før 1989 736 mio. kr., mens henlæggelserne til sikkerhedsfond før 1989 udgjorde 0 Kr. i K1.

Det bemærkes, at det forhold, at ændringer i sikkerhedsfonde ikke er omfattet af Finanstilsynets udmeldinger i breve af 21. oktober 2001 og 6. februar 2002 ... omkring mulighederne for engangskorrektion af egenkapitalen, ikke forhindrer, at forrentningen af sikkerhedsfonden følger forrentningen af den frie del af egenkapitalen og tilskrives denne, idet lov om forsikringsvirksomhed § 141 alene omhandler de til sikkerhedsfonden henlagte midler og ikke forrentningen heraf.

4. Finanstilsynets bemærkninger til sagen

Som det fremgår af ovenstående er Finanstilsynet enig med selskaberne i, at sikkerhedsfonde henregnes til egenkapitalen. Imidlertid er et selskabs dispositionsfrihed med hensyn til anvendelse af midler, der er henlagt i en sikkerhedsfond, begrænset. Henlæggelser til sikkerhedsfond er således bunden egenkapital, som selskabets aktionærer ikke frit kan disponere over.

...

... [Det] anføres, at kontributionsbekendtgørelsen, som øvrige retsregler, ikke udtømmende gør op med alle mulige konkrete omstændigheder, som må foreligge i selskaberne, idet der altid vil være behov for fortolkning i overensstemmelse med de faktiske forhold. Det samme gør

sig gældende ved de nævnte skrivelser. [Skrivelserne af 26. oktober 2001 og 6. februar 2002]. Der er således ikke tale om et bevidst fravalg.

5. Finanstilsynets konklusion

Det er Finanstilsynets opfattelse, at selskaberne ikke er berettiget til at korrigere egenkapitalen for den del af driftsunderskuddene i 1991 og 1992, som i praksis er blevet dækket af midler fra sikkerhedsfonden. Anvendelsen af sikkerhedsfondens midler er efter tilsynets opfattelse et konkret forhold, der begrænser dispositionsfriheden.

Efter Finanstilsynets opfattelse kan selskabernes alternative beregning af en engangskorrektion af egenkapitalen ikke rummes inden for rammerne af de retningslinier, der blev fastlagt med tilsynets brev af 26. oktober 2001. Beregningen svarer til, at selskabernes beslutning om at henlægge midler til sikkerhedsfonden i 1989 omgøres, idet overskuddet nedskrives svarende til, at egenkapitalen får et tilgodehavende på den andel af overskuddet, der blev overført til sikkerhedsfonden. For så vidt angår K2 kan der desuden ikke korrigeres for henlæggelser til sikkerhedsfonden forud for 1989.”

Redegørelsen fra Finanstilsynet var blandt andet vedlagt kopi af skrivelser af 26. oktober 2001 og 6. februar 2002 fra Finanstilsynet til samtlige livsforsikrings-selskaber og tværgående pensionskasser. Skrivelsen af 26. oktober 2001 har følgende ordlyd:

”Efter § 30, stk. 1, nr. 3, i lov om forsikringsvirksomhed skal livsforsikringsselskaber, herunder tværgående pensionskasser, have anmeldt ”regler for beregning og fordeling af realiseret resultat til forsikringstagerne og andre berettigede efter forsikringsaftalerne”, og efter § 31, stk. 2, gælder, at ”De anmeldte regler for beregning og fordeling af realiseret resultat, jf. § 30, stk. 1, nr. 3, skal være præcise og klare og skal føre til en rimelig fordeling.” Principperne for den rimelige fordeling er nærmere præciseret i lovbemærkningerne til § 31, jf. lov nr. 363 af 18. maj 1994, samt i kontributionsbekendtgørelsen (Finanstilsynets bekendtgørelse nr. 59 af 29. januar 2001 om kontributionsprincippet).

Kontributionsprincippet, dvs. princippet om den rimelige fordeling af det realiserede resultat, skal efter bekendtgørelsen være opfyldt over en årrække, og ikke nødvendigvis år for år. Der kan således være år, hvor egenkapitalen får en mindre andel af det realiserede resultat, end hvad der rimeligvis kunne tilkomme den, hvilket der så kan kompenseres for ved en højere egenkapitalforrentning sidenhen. Dette kan for eksempel være nødvendigt i et år med et ringe afkast af investeringerne for at kunne leve op til forpligtelserne eller en tilstræbt bonusrente. Det er imidlertid Finanstilsynets fortolkning, at en eventuelt højere andel til egenkapitalen forudsætter, at der er et positivt realiseret resultat at tage

det fra. Det kan ikke ske ved at tilføre egenkapitalen midler, der tidligere er henlagt i bonusudjævningshensættelserne.”

Finanstilsynet er imidlertid af Forsikring & Pension blevet gjort opmærksom på, at nogle selskaber har forstået bestemmelsen om måling over en årrække således, at der kunne tilbageføres midler fra bonusudjævningshensættelserne til egenkapitalen, når blot egenkapitalforrentningen målt over en årrække ikke derved blev urimelig høj. På baggrund af denne opfattelse har en række selskaber anført, at man i en årrække har henlagt mere i bonusudjævningshensættelserne, end man ville have gjort, såfremt man havde været opmærksom på tilsynets fortolkning vedrørende tilbageførsel.

Tilsynets fortolkning er begrundet dels i regnskabsmæssige forhold og dels i hensynet til gennemsigtige forhold for forsikringstagerne.

Regnskabsmæssigt opføres bonusudjævningshensættelserne under de forsikringsmæssige hensættelser, som indeholder værdien af forpligtelserne over for forsikringstagerne - såvel forpligtelserne i forhold til de garanterede ydelser som forpligtelserne til fremtidig bonustilskrivning. Såfremt midler henlagt i bonusudjævningshensættelserne kan tilbageføres til egenkapitalen, kan midlerne ikke siges at modsvare en forpligtelse over for forsikringstagerne, og placeringen under de forsikringsmæssige hensættelser ville ikke være retvisende. Værdien af forpligtelserne skal være kendt ved aflæggelsen af regnskabet, og der skal derfor på dette tidspunkt være foretaget en endelig fordeling af det realiserede resultat.

Fortolkningen hænger tillige sammen med hensynet til gennemsigtige forhold for forsikringstagerne. Tilsynet finder det ikke rimeligt, hvis der først foretages en fordeling af det realiserede resultat, hvorved der tages stilling til, hvilke midler der skal tilføres forsikringsbestanden henholdsvis egenkapitalen, og denne fordeling derefter senere kan omgøres ved at fraføre midler fra bonusudjævningshensættelserne og til egenkapitalen.

På baggrund af den praksis, som selskaberne har ført, og den retsopfattelse som selskaberne har haft, finder tilsynet det rimeligt, at selskaberne får mulighed for at foretage rimelige korrektioner, uanset at et kontributionsprincip har været gældende gennem perioden fra 1989, hvor bonusudjævningshensættelserne blev introduceret i regnskaberne. Tilsynet lægger herved vægt på, at der gennem perioden er sket en gradvis ændring og præcisering af kontributionsprincippet, og at dette også har afspejlet sig i tilsynets håndhævelse af reglen.

Endvidere skal det fremhæves, at den skarpe adskillelse mellem egenkapital og kundemidler (bonusudjævningshensættelser), som fastslås ovenfor, nødvendiggør, at selskabernes ledelser i højere grad end hidtil må være opmærksomme på spørgsmål om kapitalfremskaffelse og solvens. Der er derfor behov for at få fastlagt et udgangspunkt for disse overvejelser. Da den nedenfor foreslåede accept af mulighed for en korrektion af tidligere praksis må betegnes som en fremskyndelse af

fremtidig egenkapitalforrentning, lægges der vægt på, at korrektionen sker som en éngangsforeteelse, som skal foregå, senest når selskaberne overgår til aflæggelse af regnskaber på grundlag af markedsværdier på passivside. Når dette skæringspunkt fremhæves, skyldes det, at spørgsmål om forrentning af forsikringstagernes midler henholdsvis egenkapitalen vil få en meget central rolle, jf. således arbejdet med at udarbejde regler om egenkapitalforrentningsnøgletal.

Det skal på denne baggrund meddeles, at Finanstilsynet ikke vil modsætte sig, at selskaberne foretager en rimelig éngangskorrektion af tidligere års praksis for fordeling af midler mellem egenkapital og bonusudjævnings-hensættelser tilbage til 1989.

Det skal understreges, at selskaberne ikke behøver at udnytte ovennævnte mulighed, men at de i stedet i overensstemmelse med kontributionsbekendtgørelsen kan korrigere de seneste års manglende forrentning af egenkapitalen. Dette skal i givet fald ske i overensstemmelse med det ovenfor nævnte princip om, at egenkapitalforrentningen alene skal ske på baggrund af et positivt realiseret resultat i selskabet.

Den korrektion, som selskaberne får mulighed for at foretage, er undergivet nogle betingelser/forudsætninger.

For det første må det klart fastslås, at korrektionerne sker på ledelsens ansvar. Dette – sædvanligvis selvfølgelig – bør understreges, idet der kan være konkrete forhold, som begrænser dispositionsfriheden.

Det må eksempelvis overvejes, om en forøget egenkapitalforrentning med tilbagevirkende kraft er forenelig med, at et selskab i sin markedsføring måtte have anvendt en lav egenkapitalforrentning for at tiltrække forsikringstagere. Der kan også være andre forhold, som må indgå i overvejelserne.

For det andet må der være begrænsninger for, hvor meget selskaberne kan korrigere. Har selskaberne anmeldt en regel om egenkapitalforrentning til tilsynet, skal sådanne anmeldelser som udgangspunkt respekteres. Dette gælder ligeledes, såfremt selskaberne på anden måde har tilkendegivet, hvilken forrentning de vil anvende. – Der vil imidlertid formentlig være tilfælde, hvor der intet er anmeldt eller tilkendegivet.

I disse tilfælde må vurderingen ske på baggrund af regler, som selskaberne kan sandsynliggøre, at de ville have fulgt. Er en regel f.eks. indført fra 1996, kan den formentlig også finde anvendelse for perioden forud, medmindre der er konkrete holdepunkter for andet.

Det skal bemærkes, at tilsynet ikke har vurderet eventuelle skattemæssige konsekvenser af overførsler mellem egenkapitalen og bonusudjævningshensættelserne.

Som der er selskaber, der har henlagt for meget i bonusudjævningshensættelserne, er der omvendt en række selskaber, primært pensionskasser, der har tilskrevet egenkapitalen en for høj forrentning i forhold til kontributionsprincippet.

For sådanne selskaber vil der som udgangspunkt skulle rettes op herpå i overensstemmelse med kontributionsprincippet. Den fordeling, der er foretaget af det realiserede resultat mellem egenkapital og de forsikringsmæssige hensættelser, siden det beregningsmæssige kontributionsprincips rækkevidde blev klarlagt, skal indgå i vurderingen af genopretningen. Det beregningsmæssige kontributionsprincip blev generelt klarlagt af Forsikringsrådet i 1996, jf. Finanstilsynets beretning for 1996, side 149-50. For de tværgående pensionskasser er der dog endnu ikke taget endelig stilling til, om det i 1996 var fastslået, at det beregningsmæssige kontributionsprincip gælder også for dem, eller om dette først blev fastslået ved udarbejdelsen af kontributionsbekendtgørelsen i begyndelsen af 2001. For de tværgående pensionskasser er der altså endnu ikke taget stilling til, om det anførte om en genopretning skal vedrøre perioden siden regnskabsaflæggelsen for 1996 eller først fra primo 2001.

På baggrund af ovennævnte principper vil konkrete sager blive afgjort af Finanstilsynet under hensyntagen til eventuelle særlige forhold. ”

Skrivelsen af 6. februar 2002 har nedennævnte ordlyd:

”Med brev af 26. oktober 2001 til alle livsforsikringsselskaber og tværgående pensionskasser præciserede Finanstilsynet kontributionsprincippet. Det blev fastslået, at selskaberne ikke længere kan overføre midler fra bonusudjævningshensættelserne til egenkapitalen.

Af brevet fremgår det, at selskaberne kan foretage en rimelig korrektion af egenkapitalen, enten som en engangskorrektion eller løbende over de kommende år. Korrektionen af egenkapitalen sker på ledelsens ansvar. Såfremt et selskab har anmeldt eller på anden vis tilkendegivet en regel for forrentning af egenkapitalen, skal denne regel som udgangspunkt respekteres. Tilsynet vil konkret tage stilling til de enkelte sager. Det fremgår videre, at såfremt et selskab ikke har anmeldt eller tilkendegivet en regel, kan selskabet foretage korrektionen ud fra regler, som selskaberne kan sandsynliggøre, at de ville have fulgt. Dette indebærer, at selskaber, der har anmeldt eller tilkendegivet regler for forretningen kan blive stillet ringere end de selskaber, der ikke har anmeldt eller tilkendegivet regler.

For at imødegå dette har Finanstilsynet efter møde i Det Finansielle Virksomhedsråd fastlagt en metode for fastsættelse af en rimelig korrektion. Selskaber, der har anmeldt/tilkendegivet regler, får således mulighed for med tilbagevirkende kraft at ændre periodiseringsprincip for beregningsmodellen og gennemføre denne ændring ved en

engangskorrektion (eller løbende over de kommende år, jf. nærmere herom nedenfor).

En række livsforsikringselskaber har hidtil beregnet forrentningen af deres egenkapital på grundlag af typisk kontorenten. Disse selskaber kan foretage en teknisk korrektion af egenkapitalen. korrektionen skal afspejle den forrentning, som et selskab kan siges at have til gode som følge af, at forrentning med kontorenten over perioden kan have givet som følge af, at forrentning med kontorenten over perioden kan have givet en lavere forrentning end forrentning med det faktiskrealiserede investeringsafkast.

Korrektionen skal beregnes efter følgende retningslinier:

- 1) De hidtil anvendte regler for beregning af forrentning af egenkapital benyttes.
- 2) For hvert år beregnes egenkapitalforrentningen ud fra den anmeldte/anvendte regel ved anvendelse af det i regnskabet anførte "Overført investeringsafkast efter PAL/RAL" (post 13 i resultatopgørelsen, jf. § 20 i Bekendtgørelse om livsforsikringselskabers og tværgående pensionskassers årsregnskaber af 13. december 2001). Reguleringer direkte på balancen som følge af skift i værdiansættelsesprincipper indregnes i investeringsafkastet i den udstrækning, egenkapitalen ikke har fået sin forholdsmæssige andel heraf.
- 3) For hvert år beregnes endvidere egenkapitalforrentningen ud fra den anmeldte/anvendte regel ved anvendelse af kontorenten.
- 4) For hvert år beregnes differencen mellem 2) og 3). Differencen forrentes frem til tidspunktet for engangskorrektionen med en rimelig rente, fx med selskabets løbende investeringsafkast i pct.

De valgte revisorer og den ansvarshavende aktuar skal attestere, at beregningen er foretaget efter de angivne principper.

Egenkapitalen korrigeres ved, at differencebeløbet ultimo 2001 overføres fra bonusudjævningshensættelserne til egenkapitalen som en engangskorrektion, enten primo 2002 eller senest når selskabet overgår til markedsværdier på passivside.

Selskabet skal i henhold til § 124, stk. 2, i lov om forsikringsvirksomhed oplyse i årsregnskabet for 2001, at der primo 2002 foretages en engangskorrektion, enten primo 2002 eller senest når selskabet overgår til markedsværdier på passivside.

Selskabet skal i henhold til § 124, stk. 2, i lov om forsikringsvirksomhed oplyse i årsregnskabet for 2001, at der primo 2002 foretages en engangskorrektion i forbindelse med skift af regnskabsprincip. I forbindelse hermed skal det oplyses, med hvilket beløb egenkapitalen forventes ændret som følge af engangskorrektionen.

Korrektionen kan, hvis det ikke er muligt at foretage den på én gang, foretages løbende over de kommende år, når det realiserede resultat

tillader det. I dette tilfælde overføres beløbet til ”skyggekontoen” (jf. § 79 a i Bekendtgørelse om livsforsikringssekskabers og tværgående pensionskassers årsregnskab af 13. december 2001).

Primo 2002 overgår alle sekskaber til at værdiansætte obligationer til markedsværdi fremfor ved matematisk kursopskrivning. Denne værdiregulering skal posteres som en selvstændig regulering på primobalancen. Egenkapitalen reguleres med det beløb, der tilfalder egenkapitalen i medfør af sekskabets anmeldte egenkapitalforrentningsregel. Hvis det ikke har været muligt at gennemføre korrektionen som en engangskorrektion, Kan skyggekontoen nedbringes i forbindelse med fordelingen af værdireguleringen ved overgangen til markedsværdier. Den resterende del opføres under bonusudjævningshensættelser/kollektivt bonuspotentiale.

Nogle sekskaber har oplyst egenkapital til markedsværdi i årsregnskaberne og har anmeldt eller tilkendegivet en egenkapitalforrentningsregel på grundlag af egenkapitalen til markedsværdi. Disse sekskaber kan foretage korrektionen ved at opgøre investeringsresultatet efter PAL/RAL på grundlag af egenkapitalen opgjort til markedsværdi. I dette tilfælde foretages engangskorrektion også ved at overføre differencebeløbet ultimo 2001 til egenkapitalen fra bonusudjævningshensættelserne – begge opgjort til markedsværdi.

Finanstilsynet skal for god ordens skyld bemærke, at tilsynet ikke hermed har taget stilling til rimeligheden af sekskaberne hidtil anvendte regel for beregning af egenkapitalens forrentning.”

Yderligere indlæg fra sagens parter

I skrivelse af 26. maj 2003 har advokat A blandt andet yderligere anført:

” ...

For så vidt angår K1 ses det [af en grafisk fremstilling af egenkapitaludviklingen hos klagerne i perioden 1989 til 1992], at sikkerhedsfonden blev etableret på baggrund af resultatet 1989, for herefter at blive frigivet som følge af det forsikringstekniske underskud, der konstateredes i regnskabsårene 1991 og 1992. Det ses yderligere, at egenkapitalen på baggrund af resultatet i 1992 var negativ, hvilket forårsagede, at aktionærerne foretog en supplerende kapitalindsud på kr. 50 mio., (heraf kr. 30 mio., som overkursfond).

For så vidt angår K2 viser ... [egenkapitaludviklingen], at der allerede før 1989 var etableret en sikkerhedsfond, der forøgedes som følge af det regnskabsmæssige resultat for 1989, for herefter at blive frigivet til

dækning af de forsikringstekniske underskud, der indløb i regnskabsårene 1991 og 1992. Særligt for så vidt angår 1991 ses det, at Finanstilsynet gav tilladelse til anvendelse af et beløb fra sikkerhedsfonden svarende til det forsikringstekniske underskud (kr. 105 mio.), selv om det regnskabsmæssige resultat efter skat var et overskud (kr. 153 mio.), og der udbetaltes udbytte (kr. 130 mio.). ...

...

Engangskorrekturen er alene udløst af den omstændighed, at Finanstilsynet med sin skrivelse af 26. oktober 2001 har ønsket at indføre en skarpere adskillelse mellem hensættelser til bonusudjævning og egenkapital [tilbagevirkende kraft fra 1989 ?]. Engangskorrekturen, som er besluttet hos klagerne, repræsenterer ikke en omgørelse af foretagne beslutninger om sikkerhedsfondene, men derimod, som forlangt af Finanstilsynet i den nævnte skrivelse, en hypotetisk opgørelse af for delingen af realiserede resultater i hele perioden mellem bonusudjævningshensættelser og forrentning af egenkapitalelementerne, således som den sandsynligvis ville have været, såfremt Finanstilsynets holdning til adskillelsen mellem gæld og egenkapital havde været kendt for selskaberne.

Med Finanstilsynets redegørelse kan det lægges til grund, at det er Finanstilsynets opfattelse, at der ikke er *konkrete holdepunkter* for at tilsidesætte den hos selskaberne truffede beslutning om engangskorrektion, og at der ikke er indsigelser mod den af selskaberne foretagne talmæssige behandling af engangskorrekturen. Med denne tilkendegivelse kan det lægges til grund, at Finanstilsynet ikke kunne have haft indvendinger, såfremt klagerne i perioden efter 1992 havde henlagt mindre til bonusudjævning for at kompensere for forsikringstagernes andel (bestemt af kontributionsprincippet) af de tab, som i 1991 og 1992 blev dækket af egenkapitalmidler.

Det kan herefter lægges til grund, at Finanstilsynets afgørelser alene er begrundet i udsagnet om, at *“anvendelsen af sikkerhedsfondens midler efter tilsynets opfattelse [er] et konkret forhold, der begrænser dispositionsfriheden.”*

...

Som ovenfor nævnt vedrører klagerens beslutning om engangskorrektion ej heller en korrektion af de til sikkerhedsfond henlagte midler, endsige frigivelsen heraf, men alene en korrektion af bonusudjævningshensættelserne.

Finanstilsynets afgørelser må - selv om Finanstilsynet i sin redegørelse ikke tydeligt bekræfter dette - basere sig på en antagelse af, at henlæggelse af midler til - og efterfølgende anvendelse af - en sikkerhedsfond, udgør et tilsagn overfor de forsikrede om, at midlerne endeligt skal tilfalde disse *i til- læg til*, hvad de forsikrede har krav på efter forsikringsaftalerne og kontributionsprincippet, og således

repræsentere en utilsigtet og uhjemlet berigelse udover de aftalemæssigt fastsatte ydelser.

Denne opfattelse bestrides, idet det gøres gældende, at etableringen og anvendelsen af sikkerhedsfonde ikke ændrer ved de forsikredes materielle krav selskabet, men alene udgør en yderligere (gennem egenkapital) sikring af selskabets solvens og evne til at opfylde de forsikredes materielle krav.

Det gøres gældende, at Finanstilsynets opfattelse - som affattet ovenfor - er i strid med enhver tidligere forståelse af reglerne om sikkerhedsfonde, og dermed en ændring af det grundlag, hvorpå de klagende selskabers ledelse i 1989 (og tidligere) traf beslutning om henlæggelse til sikkerhedsfonde.

Desuden gøres det gældende, at Finanstilsynets opfattelse er ganske uantagelig. Dette illustreres bedst ved sikkerhedsfondshenlæggelser i skadesforsikringsselskaber, for hvilke det altså skulle gælde, at de til sikkerhedsfonden henlagte midler skal anvendes til fordel for de forsikrede *i tillæg til* de berettigede krav, som de forsikrede kan rejse mod selskabet.

Finanstilsynets opfattelse vil stride mod det med forsikringsaftalelovens §39 knæsatte princip (for skadesforsikring), og der er ikke i lov om forsikringsvirksomhed § 141 grundlag for at antage, at skadesforsikringsselskaber og livsforsikringsselskaber er underkastet forskellige regler i den henseende.

...”

I skrivelse af 2. september 2003 har Finanstilsynet blandt andet yderligere udtalt:

”...

Midler, der er henlagt til sikkerhedsfonden, kan imidlertid udelukkende anvendes til at dække tab ved afvikling af de forsikringsmæssige forpligtelser eller på anden måde til fordel for de forsikrede og kun efter tilladelse fra Finanstilsynet, jf. § 141, stk. 2, i lov om forsikringsvirksomhed. Dette indebærer efter tilsynets opfattelse, at når der med Finanstilsynets tilladelse er blevet frigivet midler fra sikkerhedsfonden og anvendt til fordel for de forsikrede, er dette en endegyldig anvendelse af midlerne til fordel for de forsikrede, som ikke efterfølgende kan omgøres. I modsat fald ville bestemmelsen i lovens § 141, stk. 2, være illusorisk, idet et selskab så med Finanstilsynets tilladelse ville kunne få frigivet sikkerhedsfondens midler, anvende dem til fordel for de forsikrede, f.eks. til at dække tab ved afvikling af de forsikringsmæssige forpligtelser, for efterfølgende at tildele egenkapitalen en tilsvarende større forrentning, som ikke var begrænset af bestemmelsen i § 141, stk. 2. Det bemærkes i øvrigt, at netop på grund

af sikkerhedsfondes særlige karakter var henlæggelse af midler til sikkerhedsfonde tidligere skattefrie.

Den af selskaberne foretagne engangskorrektion har den konsekvens, at midler flyttes fra bonusudjævningshensættelserne til egenkapitalen. Det beløb, der flyttes fra bonusudjævningshensættelserne til egenkapitalen, svarer til det beløb, der henlå i sikkerhedsfonden inden 1989, samt en ekstra forrentning til egenkapitalen. Beløbet flyttes fra bonusudjævningshensættelserne til den del af egenkapitalen, som ejerne frit kan disponere over, hvorved også beløbene i sikkerhedsfonden konverteres til egenkapital, som ejerne frit kan disponere over.

Selskaberne fremfører, at Finanstilsynet i 1991 og 1992 gav tilladelse til frigivelse et beløb fra sikkerhedsfondene svarende til de forsikringstekniske underskud, idet det for K2 specielt bemærkes, at frigivelsen i 1991 blev givet, selv om selskabets regnskabsmæssige resultat efter skat var et overskud på 153 mio. kr. Hertil bemærker Finanstilsynet, at tilsynet ved frigivelsen af beløb fra sikkerhedsfondene i 1991 og 1992 netop lagde vægt på det forsikringstekniske resultat, hvilket efter tilsynets opfattelse stemmer fint overens med bestemmelserne i § 141, stk. 2, i lov om forsikringsvirksomhed.

Selskaberne fremfører, at Finanstilsynets opfattelse vil stride mod det i forsikringsaftalelovens § 39 knæsatte princip (for skadesforsikring), at *"Selskabet er, selv om andet er aftalt, ikke forpligtet til at udrede større erstatning end, hvad der kræves til den lidte skades dækning"*. Hertil bemærker tilsynet, at forsikringsaftalelovens § 39 findes i lovens afsnit II *Skadesforsikring*, som specielt vedrører skadesforsikring. Henvisningen til forsikringsaftalelovens § 39 er derfor meningsløs i denne sag, der vedrører livsforsikring, idet det specielt bemærkes, at en tilsvarende bestemmelse hverken findes i lovens afsnit I *Fælles bestemmelser for alle forsikringsarter* eller afsnit III *Livsforsikring*.

Det er Finanstilsynets opfattelse, at K1 og K2 ved i 1991 og 1992 at beslutte en mindre egenkapitalforrentning og samtidig søge Finanstilsynet om frigivelse af sikkerhedsfondene er bundet af tidligere beslutninger om egenkapitalens forrentning.

Hvis Finanstilsynet havde tilladt den ændrede egenkapitalforrentningsmetode for disse år, ville K1 og K2 således omgøre tidligere beslutninger om anvendelse af sikkerhedsfondene og grundlaget herfor. Selskaberne må således være bundet af, at de i forbindelse med ansøgningerne til Finanstilsynet om frigivelse af sikkerhedsfondens midler benyttede den oprindelige metode for egenkapitalforrentning. En ændring af dette er ikke i overensstemmelse med tilsynets brev af 26. oktober 2001 til alle livsforsikringsselskaber ..., ...

...”

Ved skrivelse af 5. november 2003 har advokat A blandt andet yderligere bemærket:

” ...

Det bestrides ikke af klagerne, at frigivelsen af beløb fra sikkerhedsfonden er en disposition, som ikke efterfølgende kan omgøres, men det fastholdes, at korrektionen af bonusudjævningshensættelserne ikke hverken direkte eller indirekte udgør en omgørelse af anvendelsen af midlerne i sikkerhedsfondene, men er en deraf uafhængig lovlig disposition inden for de af Finanstilsynet herfor generelt fastlagte retningslinier. Engangskorrektionen foretages fordi den almindelige opfattelse indtil Finanstilsynets skrivelse af den 26. oktober 2001 var, at der - med respekt af kontributionsprincippet - frit kunne disponeres over bonus-udjævningshensættelserne.

Ved engangskorrektionen sikres således alene, at egenkapitalen bringes op på en størrelse, der svarer til, at den i perioden fra 1989 var blevet forrentet i overensstemmelse med kontributionsprincippet. Det skal her gentages, at Finanstilsynet ikke har bestridt de beløbsmæssige opgørelser.

...

Når Finanstilsynet ... henviser til bestemmelsen i Lov om Forsikringsvirksomhed § 141, stk. 2, må det bemærkes, at Finanstilsynets argumentation beror på en arbitrær og uberettiget anvendelse af kriteriet ”dække tab”. En overflyttelse af midler til eller fra sikkerhedsfond ændrer ikke på egenkapitalens størrelse og påvirker dermed ikke forrentningen af egenkapitalen. Henvisningen til den tidligere skattefrihed for midler, der blev henlagt til sikkerhedsfonden er den foreliggende problemstilling uvedkommende.”

...”

Finanstilsynet har ved skrivelse af 26. november 2003 blandt andet bemærket:

” ...

Finanstilsynet er enig i, at K1 A/S og K2 A/S vil kunne undlade at foretage en engangskorrektionen af egenkapitalen og i stedet (i overensstemmelse med kontributionsbekendtgørelsen) gennemføre korrektionen af bonusudjævningshensættelserne ved løbende at tilskrive egenkapitalen fremtidige positive resultater. Dette fremgår eksplicit af Finanstilsynets brev af 26. oktober 2001 til samtlige livsforsikringsselskaber og tværgående pensionskasser om præcisering af kontributionsprincippet...

Dette har imidlertid ingen betydning i denne sag, der alene vedrører størrelsen af den korrektion af egenkapitalen, som selskaberne ønsker at foretage. Finanstilsynets afgørelse af, at selskaberne ikke er berettiget til at korrigere egenkapitalen for den del af driftsunderskuddene i 1991 og 1992, som i praksis er blevet dækket af midler fra sikkerhedsfonden, er uafhængig af, om selskabernes korrektion sker som en engangskorrektion eller som en korrektion af bonusudjævningshensættelserne ved løbende at tilskrive egenkapitalen fremtidige positive resultater.

...”

Sagen har været forhandlet mundtligt.

Ankenævnet udtaler:

Preben Lund Hansen, Lise Høgh, Niels Bolt Jørgensen og Jan Uffe Rasmussen udtaler:

Finanstilsynet har ved skrivelser af 26. oktober 2001 og 6. februar 2002 til samtlige livsforsikringsselskaber og tværgående pensionskasser præciseret tilsynets fortolkning af kontributionsprincippet og den dagældende kontributionsbekendtgørelse og har på nærmere vilkår tilladt, at der overføres midler fra bonusudjævningsmidlerne til egenkapitalen. I skrivelserne omtales ikke muligheden for at overføre midler fra sikkerhedsfonde til den del af egenkapitalen, som selskabets ejer frit kan disponere over.

K1 og K2 henlagde i 1989 beløb til sikkerhedsfonde.

Af den dagældende § 141, stk. 2 i lov om forsikringsvirksomhed fremgår, at midler, der er henlagt til sikkerhedsfonden, er reserveret til anvendelse til fordel for de forsikrede. I selskabernes årsregnskaber for 1989 anførtes det, at ”Sikkerhedsfonden er ifølge selskabernes vedtægter bundet til en eventuel styrkelse af de tekniske reserver eller på anden måde til fordel for de forsikrede”.

Selskaberne har efter ansøgninger herom den 6. april 1992 og 19. april 1993 med Finanstilsynets tilladelser af 7. april 1992 og 29. april 1993 fået frigivet beløb fra

sikkerhedsfonden til dækning af tab indeholdt i resultatopgørelsen for 1991 og 1992.

Selskabernes beslutning om anvendelse af midler fra sikkerhedsfonden til dækning af tab i 1991 og 1992 indebærer i overensstemmelse med sikkerhedsfondens lovbestemte formål og som bestemt i selskabernes vedtægter, at midler henlagt hertil er anvendt til fordel for de forsikrede.

Af attesting af 19. juni 2002 fra de ansvarshavende aktuarer i forbindelse med selskabernes ansøgning om at overføre midler fra sikkerhedsfonden fremgår af konklusionen blandt andet:

”...

Rent økonomisk vil selskaberne kunne bære de faktisk planlagte engangskorrekationer pr. 1. januar 2002 inden for de eksisterende bonusudjævningshensættelser, men vi finder det alligevel ikke rimeligt, at selskaberne i 2002 kan korrigere for årene forud for 1997 udover periodiseringen i model 1, når selskaberne reelt ikke i årene efter de særlige tab i 1991-1992 foretog en tilsvarende korrektion”.

Som følge af det ovenfor anførte, når henses til baggrunden og formålet med Finanstilsynets skrivelser af 26. oktober 2001 og 6. februar 2002, der til dels er en fravigelse af kontributionsprincippet, således at anvendelsesområdet må fortolkes indskrænkende, og til aktuarernes udtalelse af 19. juni 2002 finder vi, at der ikke med de førnævnte skrivelser er åbnet mulighed for de ansøgte engangskorrekationer af egenkapital med disse midler.

De alternative beregninger, hvorved de af selskaberne foretagne sikkerhedsfondshenlæggelser i 1989 neutraliseres, svarer efter vores opfattelse til en omgørelse af henlæggelse til sikkerhedsfonden. Henset til at de til sikkerhedsfonden henlagte midler allerede er medgået til dækning af tab i 1991 og 1992, vil en sådan omgørelse efter vores opfattelse ikke være berettiget.

Vi stemmer herefter for at stadfæste Finanstilsynets afgørelse af 28. oktober 2002.

Poul Østergaard Mortensen udtaler:

Det forhold, at der i 1991 og 1992 er anvendt midler fra sikkerhedsfonden, der er en del af egenkapitalen, kan ikke i sig selv begrunde, at der ikke kan foretages en engangskorrektion af egenkapitalen ved overførsel af midler fra bonusudjævningshensættelserne til egenkapitalen.

Herefter og af de af klager anførte grunde stemmer jeg for, at Finanstilsynet tilpligtes at anerkende den af klager nedlagte påstand.

Der træffes afgørelse efter stemmetallet, således at ankenævnet stadfæster Finanstilsynets afgørelser af 28. oktober 2002.

4.3. LOV OM INVESTERINGSFORENINGER OG SPECIALFORENINGER

5) Kendelse af 25. april 2006 (J.nr. 2005-0002781).

Negative saldi på enkelte bankkonti udgjorde en overtrædelse af låneforbudet i § 43, stk. 1, i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investerings-foreninger m.v.

Lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investerings-foreninger m.v. § 43.

(Preben Lund Hansen, Anders Hjulmand og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 14. juni 2005 har K A/S som administrationselskab for Investeringsforeningen K1 klaget over Finanstilsynets afgørelse af 12. maj 2005, hvorved tilsynet påtalte, at K1s negative saldi på enkelte bankkonti udgjorde en overtrædelse af låneforbudet i § 43, stk. 1, i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v.

Klagen har under sagens behandling i ankenævnet været tillagt opsættende virkning.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 12. maj 2005 hedder det:

”Finanstilsynet har gennemgået revisionsprotokollat for årsregnskabet for 2004 for Investeringsforeningen K1.

Det fremgår af punkt 2.2 og punkt 6.1.1 i revisionsprotokollatet, at foreningen har haft negative saldi på enkelte bankkonti, men samlet set er saldoen på den enkelte afdelings bankkonti et indestående. Det fremgår videre, at foreningen har ændret forretningsgange på området.

Ifølge § 43, stk. 1, i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. må en forening eller en afdeling ikke optage lån. Efter stk. 2 og stk. 3 kan Finanstilsynet dog tillade, at en forening eller en afdeling optager lån til nærmere angivne formål.

Det er Finanstilsynets vurdering, at Investeringsforeningen K1 har overtrådt bestemmelsen i § 43 i lov om investeringsforeninger og

specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. ved at have negative saldi på bankkonti.

I denne anledning skal Finanstilsynet påtale, at foreningen har overtrådt bestemmelsen i § 43.

...”

I klageskrivelsen af 14. juni 2005 har K A/S anført:

”...

Påstand:

Principal:

Frifindelse med anerkendelse af, at der ikke er tale om et lån, som er omfattet af lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. § 43, stk. 1.

Subsidiært:

Anerkendelse af at, der af hensyn til det praktiske setup af investeringsforeninger, er adgang til at have kortvarige, begrænsede negative saldi på enkelte konti inden for en afdeling, så længe den enkelte afdelings bankkonti er et positivt indestående.

Sagsfremstilling:

Denne sag drejer sig om, hvorvidt det at en afdeling der har flere konti, som hver især kan indeholde en negativ saldo, men som dog tilsammen på den enkelte afdelings bankkonti er et indestående, betragtes som et lån i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. § 43's forstand.

...

Efter klagers opfattelse er der ikke tale om lån, når enkelte af en afdelings konti har negative saldi så længe der på afdelingens samlede konti er et positivt indestående. I den konkrete sag er afdelingens samlede konti et indestående, hvorfor foreningen efter klagers vurdering ikke har overtrådt lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. § 43.

De nærmere omstændigheder er følgende:

A. Retsgrundlag

Regler om investeringsforeningers forbud mod at optage lån tager sit udgangspunkt i UCITS-direktiv 1985/611, artikel 36, der har følgende ordlyd:

1. Hverken
- investeringsforeningsselskabet, eller

- administrationsselskabet eller depositaren, som handler på investeringsfondens vegne, kan optage lån.

Et investeringsinstitut kan dog skaffe sig fremmed valuta ved "back-to-back"-lån.

2. Uanset stk. 1 kan medlemsstaterne tillade investeringsinstitutter at optage lån

a) på højst 10 %

- af formuen for så vidt angår investeringsselskaber,

- af formueværdierne for så vidt angår en investeringsfond,

såfremt der er tale om midlertidige lån;

b) på højst 10 % af formuen, for så vidt angår investeringsselskaber, såfremt lånet optages for at muliggøre erhvervelse af fast ejendom, der er absolut nødvendig for den direkte fortsættelse af deres virksomhed. I så fald må dette lån og de i litra a), omhandlede lån under ingen omstændigheder tilsammen overstige 15 % af deres formue.

Ovennævnte artikel i UCITS-direktivet er implementeret i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. § 43

...

Af bemærkningerne til § 43 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. fremgår det:

Bestemmelsen svarer til § 28 i den gældende lov om investeringsforeninger og specialforeninger og gennemfører UCITS-direktivets artikel 36 for investeringsforeningers vedkommende.

Forbuddet i stk. 1 mod at optage lån bortset fra de nævnte tilfælde, skal ses på baggrund af, at investeringsforeninger og specialforeninger skal opfylde formålsbestemmelserne i § 4, stk. 1, og § 5, stk. 1.

Ved lån forstås i denne bestemmelse udelukkende pengelån. Værdipapirlån m.v. er således ikke omfattet af bestemmelsen.

Foreninger kan, når det fremgår af vedtægterne, optage lån f.eks. for at kunne opfylde konkrete ønsker om indløsning. Som sikkerhed for disse lån ydes normalt pant i de værdipapirer, investeringsforeningerne ønsker at afhænde. Tilsvarende gælder, når investeringsforeningerne optager lån for at kunne udnytte tegningsrettigheder. I disse tilfælde får långiver sikkerhed i de erhvervede aktiver. Denne mulighed anses for ubetænkelig, men anvendes i øvrigt kun i meget begrænset omfang af foreningerne.

Optagelse af lån til indløsning bør foretages med forsigtighed, da det senere salg af værdipapirer fra foreningsformuen kan ske til kurser, der afviger fra dem, som indløsningskursen blev fastsat på grundlag af.

For bl.a. at modvirke denne kursrisiko er det indsat den begrænsning i stk. 2, nr. 1, at adgangen til at optage lån begrænses til 10 % af formuen og forudsætter tilladelse fra Finanstilsynet. I den forbindelse bemærkes, at det er formuens størrelse ved lånoptagelsen, der er afgørende for beregningen af den fastsatte begrænsning. Yderligere foreslås den begrænsning, at lånene skal være kortfristede.

I stk. 2, nr. 2, foreslås det, at en forening med tilsynets tilladelse kan optage lån til erhvervelse af ejendomme, der er nødvendige til udøvelse af dens virksomhed. Foreningerne har hidtil ikke benyttet denne mulighed i praksis.

I stk. 3 fastslås det, at de i stk. 2 nævnte lån i alt højst må udgøre 15 % af foreningens formue.

Af bemærkningerne til § 7 i lov om finansiel virksomhed, som beskriver et pengeinstituts virksomhedsområde, er det anført at:

Udlån skal forstås bredt og omfatter enhver form for kreditgivning, herunder finansiel leasing og factoring.

Danske foreninger, som er omfattet af lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. er juridiske enheder. Disse foreninger kan bestå af en række afdelinger, som ikke er selvstændige juridiske enheder men selvstændige økonomiske enheder med selvstændige regnskaber, jf. lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. § 6 og § 55, stk. 2, samt bemærkningerne til § 6, stk. 2, hvoraf det fremgår, at "en afdeling er en selvstændig økonomisk enhed".

B. Praksis

Nedenstående illustreres forskellige eksempler på hvorledes det praktiske setup af foreninger kolliderer med Finanstilsynets afgørelse af at negative saldi på enkelte bankkonti inden for samme afdeling er i strid med § 43 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. Eksemplerne understøtter især behovet for at dette ikke bliver betragtet som lån, subsidiært at der er mulighed for at have kortvarige, begrænsede negative saldi på enkelte konti inden for en afdeling, så længe den enkelte afdelings bankkonti er et positivt indestående.

Ud fra et omkostningsmæssigt synspunkt er det relevant at oprette flere forskellige valutakonti i afdelinger, som investerer i udenlandske værdipapirer. Når der er oprettet flere valutakonti reduceres antallet af

vekslinger i forbindelse med afregning af afdelingens køb og salg af værdipapirer, hvilket betyder en reduktion af afdelingens udgifter til valutavekslinger.

I en række afdelinger betales der et afviklingsgebyr til depotbanken, som dækker bankens udgifter i forbindelse med afvikling af afdelingens køb og salg af værdipapirer. Det tilstræbes at afvikling af køb og salg gennemføres STP, forstået således at banken modtager og behandler afviklingsinstrukserne elektronisk.

En forudsætning herfor er at der er oprettet valutakonti, således at handlerne kan afvikles uden der skal foretages manuelle valutavekslinger. Besparelsen ved de rene STP-afviklinger udgør i dag kr. 50,00 pr. handel. Det kan i den sammenhæng oplyses, at de af K A/S administrerede afdelinger i 2004 i alt havde 46.000 handler, hvilket medfører en besparelse for medlemmerne på ca. 2 mill. kr. i 2004.

At der af ovenstående grunde oprettes mange valutakonti medfører naturligvis en øget administrativ byrde i forbindelse med likviditetsstyringen i de enkelte afdelinger.

K A/S tilstræber naturligvis, at tilrettelægge styringen således at overtræk på enkelte konti begrænses mest muligt, men situationer hvor der sker overtræk på enkelte konti i visse situationer er vanskelig at undgå i praksis.

Situationer, hvor de endelige priser på køb og salg først kendes tæt på afviklingstidspunktet kan forekomme, ligesom det kan være vanskeligt at styre likviditeten fuldstændig i forbindelse med større porteføljeomlægninger og i forbindelse med større indskud og udtræk.

Det skal i den forbindelse oplyses, at ovenstående ikke medfører samlet overtræk i afdelingerne.

Anbringender:

...

Det gøres således gældende:

- at** de negative saldi ikke er at betragte som lån i traditionel forstand, så længe afdelingens samlede bankkonti udgør et indestående,
- at** UCITS-direktivet ikke hindrer en sådan fortolkning,
- at** det praktiske setup af investeringsforeninger og afdelinger taler for en sådan fortolkning,
- at** afdelingens eksponering ikke øges ved at have negativ saldo på enkelte konti, idet der ikke er tale om gearing eller lånefinansieret investering,
- at** det er i medlemmernes interesse at fortolke § 43 således at enkelte konti inden for en afdeling kan være negative, så længe afdelingens samlede bankkonti udgør et positivt indestående.

De forskellige afdelinger udgør selvstændige økonomiske enheder af en forening som udgør en juridisk enhed. Alle bankkonti er hos depotbanken. Det er således klagers opfattelse, også henset til det specielle setup foreningsstrukturen har, at mellemværender mellem afdelingen og depotbanken skal opgøres som de samlede bankkonti og ikke på hver enkelt konto som et selvstændigt mellemværende.

Det kan afslutningsvis nævnes, at ovenstående vanskeligheder ikke er enestående for de foreninger der administreres af K A/S.

...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i skrivelse af 20. juli 2005 udtalt:

”...

Sagsfremstilling

Sagen drejer sig om revisorerne bemærkninger til overtræk på enkelte valutakonti i revisionsprotokollatet til årsrapporten for 2004 for Investeringsforeningen K1. Revisorerne anfører i protokollatet, at foreningen har haft negative saldi på enkelte bankkonti, men samlet set er saldoen på den enkelte afdelings bankkonti et indestående.

Negativt indestående på en konto er efter Finanstilsynets opfattelse i strid med låneforbudet i § 43 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. Finanstilsynet påtalte derfor overtrædelsen af bestemmelsen i § 43 i brev af 12. maj 2005 til bestyrelsen og administrationselskabet for foreningen.

Retligt grundlag

Direktivets bestemmelser vedrørende forbud mod at optage lån

Forbudet mod, at en investeringsforening kan optage lån er reguleret i artikel 36 i Rådets direktiv 85/611/EØF af 20. december 1985 om samordning af love og administrative bestemmelser om visse institutter for kollektiv investering i værdipapirer (investeringsinstitutter) (UCITS-direktivet).

Finanstilsynet henviser til klagerens brev af 14. juni 2005 "punkt A. Retsgrundlag", hvor artikel 36 er gengivet.

Lovbestemmelser vedrørende forbud mod at optage lån

Reglerne i UCITS-direktivets artikel 36 er gennemført i § 43 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v.

Finanstilsynet henviser til klagerens brev af 14. juni 2005 "punkt A. Retsgrundlag", hvor § 43 og bemærkningerne hertil er gengivet.

UCITS-direktivets implementering i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v.

UCITS-direktivet artikel 36, stk. 1 indeholder et forbud mod, at en investeringsforening må optage lån. Artikel 36, stk. 2a) giver mulighed for, at medlemslandene kan fastsætte bestemmelser, hvorefter en forening kan optage midlertidige lån på højst 10 pct. af formuen. Direktivet indeholder minimumsbestemmelser, der skal iagttages af medlemsstaterne, hvilket indebærer, at disse – om det ønskes – kan undergive egne investeringsforeninger strengere bestemmelser end indeholdt i direktivet.

Som artikel 36, stk. 2a) er gennemført i § 43, stk. 2, nr. 1 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v., har lovgiver valgt at indføre strengere bestemmelser end indeholdt i direktivet, idet direktivets mulighed for midlertidig at optage lån på højst 10 pct. af formuen er begrænset til tilfælde, hvor formålet er at indløse medlemsandele eller at udnytte tegningsrettigheder. Endvidere skal Finanstilsynet give tilladelse til låneoptagelse efter § 43, stk. 2, nr. 1.

Der er ikke i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. givet tilsynet en hjemmel til at dispensere fra § 43.

Hidtidig praksis

Finanstilsynet har i en afgørelse af 24. juni 2004 taget stilling til fortolkningen af § 28 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger (nu § 43 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v.). Sagen vedrørte overtræk på en forenings valutakonti i depotselskabet i regnskabsåret 2003. Finanstilsynet meddelte foreningen, at en forening eller afdeling efter § 28 i den dagældende lov om investeringsforeninger og specialforeninger ikke må optage lån. Med Finanstilsynets tilladelse kan en forening eller afdeling dog optage kortfristede lån på højst 10 pct. af formuen for at indløse medlemsandele eller for at udnytte tegningsrettigheder. Videre meddelte Finanstilsynet, at det var Finanstilsynets vurdering, at de periodevise overtræk på de to afdelingers valutakonti i depotselskabet i 2003 var en overtrædelse af § 28 i dagældende lov om investeringsforeninger og specialforeninger. Tilsynet havde i den forbindelse lagt vægt på, at de enkelte anfordringskonti i valuta isoleret set havde haft negativt indestående, hvilket efter Finanstilsynets opfattelse reelt var at sidestille med låneoptagelse på de pågældende konti. Finanstilsynet var ikke enig med foreningen i, at forholdet kunne vurderes på grundlag af afdelingernes samlede indestående i depotbanken. Til sammenligning anførte tilsynet, at regnskabsbekendtgørelsen for pengeinstitutter angiver, at indlånskonti i debet skal figurere som aktivposten "Udlån" i et pengeinstituts regnskab.

Finanstilsynet påtalte derfor, at de to afdelinger i 2003 havde handlet i strid med forbudet i § 28 imod at optage lån uden Finanstilsynets tilladelse. ...

Finanstilsynet[s] vurdering

Det fremgår direkte af § 43, stk. 1 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v., at en investeringsforening eller en afdeling ikke må optage lån. En forening eller en afdeling kan med Finanstilsynets tilladelse optage kortfristede lån til formål som anført i § 43, stk. 2.

Det fremgår ikke nærmere af § 43 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. eller artikel 36 i UCITS-direktivet, hvad der forstås ved begrebet lån. En anfordringskonto med et negativt indestående indebærer, at kontohaver skylder pengeinstituttet et beløb svarende til den negative saldo på kontoen. Et negativt indestående på en anfordringskonto må derfor reelt sidestilles med et lån. Dette gør sig efter Finanstilsynets opfattelse gældende, uanset om kontohaver formelt har fået pengeinstituttets tilladelse til at "låne" pengene i form af et overtræk på kontoen eller har trukket pengene på kontoen, uden der er dækning herfor og uden at have fået tilladelse fra pengeinstituttet. Der er endvidere efter Finanstilsynets opfattelse stadig tale om et specifikt lån/overtræk tilknyttet en enkelt konto, uanset om kunden har andre konti med positivt indestående i pengeinstituttet, og uanset om kundens samlede mellemværende med pengeinstituttet er et positivt indestående. Hver enkelt konto er, uanset om det er et lån/kredit eller en anfordringskonto, et selvstændigt retsforhold mellem kunden og pengeinstituttet og skaber rettigheder og pligter for parterne i henhold til de vilkår, der er aftalt for den enkelte konto.

Det er Finanstilsynets vurdering, at Finanstilsynet, på baggrund af lovens direkte forbud mod at optage lån, ikke kan tillade, at en forening eller en afdeling har overtræk på valutakonti, da overtræk må sidestilles med at optage et lån. Det er Finanstilsynets opfattelse, at UCITS-direktivet ikke giver mulighed for en anden fortolkning end anført. Det er videre Finanstilsynets vurdering, at § 43 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. ikke kan fortolkes således, at der kun er tale om et lån, når foreningens eller afdelingens samlede konti har et negativt indestående. Endelig er det Finanstilsynets vurdering, at tilsynet ikke, således som bestemmelsen i § 43, stk. 2, nr. 1 er udformet, kan give tilladelse til, at en forening eller afdeling optager lån/får bevilget en kredit/overtræk til dækning af udsving på en valutakonto, da tilsynet kun kan give tilladelse til optagelse af lån til indløsning af medlemsandele eller for at udnytte tegningsrettigheder.

Anken

...

Finanstilsynets bemærkninger til anken

Uanset de af klageren opregnede anbringender som støtte for en adgang til at have kortvarige, begrænsede negative saldi på enkelte konti inden for en afdeling, så længe den enkelte afdelings bankkonti er et positivt indestående, er der efter Finanstilsynets opfattelse ikke hjemmel hertil i § 43 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre

kollektive investeringsordninger m.v. Overtræk på en konto, der er at sidestille med et lån, er efter Finanstilsynets vurdering i strid med forbudet mod låneoptagelse i § 43. Det er videre Finanstilsynets vurdering, at der ikke er hjemmel til en anden fortolkning af artikel 36 i UCITS-direktivet.

...”

I skrivelse af 31. august 2005 har K A/S supplerende anført:

” ...

Parterne er uenige om hvad der forstås ved begrebet lån.

...

Som anført i klagen af 14. juni 2005, er det klagers opfattelse, at der ikke er tale om lån, når en enkelt afdelings konti har negative saldi, så længe der på afdelingens samlede konti er et positivt indestående. Det kan i denne forbindelse oplyses, at depotbanken betragter en afdelings konti som et samlet engagement og kræver således hverken underskrivelse af lånedokumenter eller en tilladelsesprocedure for et sådant overtræk, som oftest er af dags varighed og affødt af værdipapirhandel, blot der samlet er et positivt indestående på den enkelte afdelings konti.

...”

Ved skrivelse af 27. september 2005 har Finanstilsynet yderligere bemærket:

” ...

... Finanstilsynet [skal] anføre, at det følger af forbuddet mod låneoptagelse i § 43, stk. 1, i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v., at en forening kun kan have en indlånskonto i et pengeinstitut med et positivt indestående i modsætning til et lån eller en kredit, der er udtryk for, at kontohaver har lånt et beløb af pengeinstituttet eller er blevet bevilget en konto med en trækningsrettighed op til et aftalt maksimum.

...

[Finanstilsynet skal] indledningsvis anføre, at det er Finanstilsynets opfattelse, at udgangspunktet for en vurdering af, om der foreligger et lån, uanset om det er et bevilget lån eller det er i form af et ubevilget overtræk på en indlånskonto, er det konkrete kontoforhold mellem foreningen/afdelingen og pengeinstituttet. Det er således ikke depotbankens adfærd i den konkrete situation, der er afgørende for, om der foreligger et lån/overtræk eller ikke.

Finanstilsynet skal videre og til støtte for sin opfattelse af, at et negativt indestående på en indlånskonto er at sidestille med et "ubevilget" lån, henvise til § 148 i lov om finansiel virksomhed og den i medfør af denne bestemmelse udstedte bekendtgørelse nr. 1487 af 13. december 2004 om store engagementer.

Det fremgår af § 148, stk. 1, nr. 1, i lov om finansiel virksomhed, at Finanstilsynet fastsætter nærmere regler for opgørelse af et engagement.

Af § 1, stk. 1, nr. 1, i bekendtgørelse om store engagementer fremgår det, at bekendtgørelsen bl.a. finder anvendelse på pengeinstitutter.

Begreberne kunde, engagement og udlån m.v. er defineret i bilag 2, punkt 2 og 3 til bekendtgørelsen som følger:

"2. Kunde

Ved en kunde forstås enhver fysisk eller juridisk person, der har et engagement med virksomheden. Som eksempler på kunder kan nævnes privatpersoner, selskaber, staten, amtskommuner, kommuner, foreninger m.v.

3. Engagement

Ved et engagement med en kunde eller kundegrupper forstås summen af de kreditrisici, som virksomheden har med den pågældende kunde eller kundegruppe.

Engagementet opgøres som summen af følgende poster:

1. Udlån, andre tilgodehavender samt kundens uudnyttede trækingsrettigheder.

2.

3.1. Udlån, andre tilgodehavender og kundens uudnyttede trækingsrettigheder

Alle udlån og tilgodehavender indgår i opgørelsen af engagementet.

Ved kreditter med variabel udnyttelse omfatter engagementet tillige den uudnyttede kreditramme.

Eksempler på tilgodehavender:

a) Alle typer udlån, herunder pantebreve, reservefondslån samt amortisationskontoen vedrørende kontantlån.

b) Indlånskonti i debet.

c) d,) e,) f)....."

Som det fremgår af det ovenfor citerede, er der i den finansielle lovgivning taget stilling til, at en indlånskonto i debet er et tilgodehavende på linje med et udlån, da kontoen skal medtages i pengeinstituttets opgørelse af, hvilken kreditrisiko pengeinstituttet har på den enkelte kunde. Uanset det ikke har nogen betydning for definitionen af et lån, kan det nævnes, at det af punkt 4 i bekendtgørelsen om store engagementer fremgår, at der ikke ved opgørelsen af et engagement kan tages hensyn til kundens andre konti med positive indeståender.

...”

K A/S har ved skrivelse af 24. oktober 2005 yderligere anført:

” ...

Finanstilsynet henviser i sin udtalelse til bekendtgørelse nr. 1487 af 13. december 2004 om store engagementer, bilag 2, pkt. 3.1, som opremser eksempler på tilgodehavender:

a) Alle typer udlån, herunder pantebreve, reservefondslån samt amortisationskontoen vedrørende kontantlån.

b) Indlånskonti i debet.

c), d), e), f)....

Hertil anfører Finanstilsynet, at der i den finansielle lovgivning er taget stilling til, at en indlånskonto i debet er et tilgodehavende på linje med et udlån.

I den omstridte bestemmelse i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. § 43, stk. 1, står der: ”en forening eller afdeling må ikke optage lån”. Der står således ikke, at en forening eller afdeling ikke må have tilgodehavender. Det fremgår, at en forening eller afdeling ikke må optage lån.

Det er korrekt, at bekendtgørelsen om store engagementer karakteriserer en indlånskonto i debet som et tilgodehavende. Heraf kan det udledes, at bekendtgørelsen netop ikke karakteriserer en indlånskonto i debet som et lån. Såfremt dette havde været tilfældet, ville der ikke have været behov for at udspecificere indlånskonti i debet som et selvstændigt punkt i bekendtgørelsen, men det ville blot være nævnt under pkt. a) om lån.

Det er således klagers opfattelse, at bekendtgørelsen om store engagementer ikke kan tages til indtægt for, som Finanstilsynet anfører, at indlånskonti i debet skal sidestilles med et lån. Derimod er det klagers opfattelse, at bekendtgørelsen klarificerer, at indlånskonti i debet ikke er at betragte som et lån.

...”

Ankenævnet udtaler:

Af § 43, stk. 1, i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. fremgår det, at en investeringsforening eller en afdeling ikke må optage lån.

Det fremgår ikke nærmere af § 43 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. eller artikel 36

i UCITS-direktivet, hvad der forstås ved begrebet lån. En anfordringskonto med et negativt indestående indebærer, at kontohaver skylder pengeinstituttet et beløb svarende til den negative saldo på kontoen. Et negativt indestående på en anfordringskonto må derfor reelt sidestilles med et lån, uanset om kontohaver formelt har fået pengeinstituttets tilladelse til at "låne" pengene i form af et overtræk på kontoen eller har trukket pengene på kontoen, uden der er dækning herfor og uden at have fået tilladelse fra pengeinstituttet.

Investeringsforeningen K1 har ifølge det oplyste haft negative saldi på enkelte af foreningens bankkonti, men netto udgjorde saldoen for den enkelte afdelings bankkonti og dermed også for foreningen samlet set et indestående.

Ankenævnet finder herefter, at negative saldi må sidestilles med optagelsen af et lån, uanset foreningen samlet set har et bankindestående, idet hver enkel konto er et selvstændigt retsforhold mellem kunden og pengeinstituttet.

Efter ankenævnets opfattelse regulerer § 43, stk. 2, i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. udtømmende i hvilke tilfælde og under hvilke betingelser Finanstilsynet kan tillade, at en forening eller afdeling optager lån.

Da sådanne omstændigheder ikke foreligger, tiltræder ankenævnet herefter, at foreningen har overtrådt bestemmelsen i § 43.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 12. maj 2005.

6) Kendelse af 14. september 2006 (J.nr. 2005-0004171).

Markedsføringsaftale med pengeinstitut væsentlig for investeringsforeningerne, hvorfor pengeinstituttets bestyrelsesformand ikke kan være medlem af investerings-foreningernes bestyrelser.

Lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. § 26, stk. 2.

Cato Baldvinsson, Lise Høgh og Ulla Staal

Ved skrivelse af 14. november 2005 har K Investeringsforvaltningsselskab A/S klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 21. oktober 2005 meddelte, at formanden for bestyrelsen i A ikke kan være medlem af bestyrelsen for K foreningerne, jf. § 26, stk. 2, i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 21. oktober 2005 hedder det:

” I brev af 19. juli 2005 til K A/S om fortolkning af, hvad der er en væsentlig aftale, jf. § 26, stk. 2, i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. (LIS) og § 98 i lov om finansiel virksomhed (FIL) meddelte Finanstilsynet blandt andet:

Finanstilsynet er enig med K A/S i, at der er tale om en konkret vurdering af, om der i det enkelte tilfælde er tale om en væsentlig aftale. Der skal lægges vægt på,

1. om et ophør af samarbejdet får øjeblikkelige konsekvenser for foreningen, men ophævelse af aftalen skal dog ikke være velfærdstruende for foreningen, for at væsentlighedskriteriet er opfyldt.
2. om aftalepartneren har indflydelse på foreningens drift i kraft af et medejerskab til foreningens investeringsforvaltningsselskab, idet dette moment efter Finanstilsynets opfattelse tillige kan indgå i vurderingen af, om aftalen er væsentlig.

Endvidere meddelte Finanstilsynet, at det er Finanstilsynets vurdering, at grænsen for, hvad der er en væsentlig markedsføringsaftale for K foreningerne som udgangspunkt kan fastsættes til 20% på baggrund af den ovenfor angivne spredning af markedsføringen på et antal pengeinstitutter, men at Finanstilsynet skal se på den konkrete aftale med henblik på, om der er forhold, der kan begrunde en anden vurdering.

Endelig anmodede Finanstilsynet K om at oplyse, om der efter K A/S opfattelse er særlige grunde, der taler for, at markedsføringsaftalen med A, der har forestået salg af 24,6% af K foreningernes andele, ikke kan betragtes som en væsentlig aftale.

I brev af 3. august 2005 har K A/S anført følgende:

Ad 1. Om et ophør af samarbejdet får øjeblikkelige konsekvenser for foreningen

Opsigelsesvarslet i samarbejdsaftalen er 3 måneder. Hvis A vælger at opsigte samarbejdsaftalen med K forestiller K sig, at der er tre forskellige

muligheder for, hvad der vil ske med kundernes beholdning af investeringsforeningsandele.

a. *Sparekassen vælger ikke straks at råde kunderne til at sælge foreningsandelene tilbage, da det vil påføre kunderne omkostninger.*

Pengeinstitutter har pligt til at udvise god skik i rådgivningen, herunder at tage hensyn til kundernes skatteforhold. Ved dette scenario vil foreningens gennemsnitlige omkostningsprocent falde da omkostninger til provision vil blive reduceret.

b. *Der vil ske et stort tilbagesalg på kort tid.*

Dette vil bevirke, at foreningernes formue reduceres. Hvis tilbagesalget ikke kompenseres med nysalg til anden side, vil det på kort sigt betyde en omkostningsstigning i foreningerne. Langt hovedparten af omkostningerne er provisionsomkostninger i relation til samarbejdsaftalen. Et forsigtigt skøn er, at den samlede aktuelle gennemsnitlige omkostningsprocent på ca. 1,08% vil stige til ca. 1,24% - altså en marginal ændring indenfor vedtægternes ramme.

c. *Sparekassen vil hen ad vejen anbefale kunderne at omlægge beholdningen af foreningsandele i K, når kunderne i øvrigt skal rådgives om deres investeringer.*

Ved dette scenario er det sandsynligt, at omkostningerne vil falde som også nævnt i punkt a.

Efter administrationsselskabets opfattelse er det mest realistisk at forestille sig scenariet i punkt c. Tilbagesalget vil alt andet lige betyde, at foreningernes formue løbende reduceres.

Der indgås imidlertid løbende nye samarbejdsaftaler, som helt eller delvist vil kunne opveje formuereduktionen. Endvidere har K en salgs- og udviklingsafdeling i drift, som øjeblikkeligt vil kunne iværksætte aktiviteter med henblik på at udnytte potentialet hos samtlige øvrige ca. 70 samarbejdspartnere. Der vil blive frigjort ressourcer fra servicering af A, som kan bruges til at fremme foreningernes interesser i andre sammenhænge.

As egen beholdning af foreningsandele udgjorde den 3. august 2005 kun ca. 0,37% af den samlede formue. Ved en opsigelse af samarbejdsaftalen vil der kunne ske et umiddelbart tilbagesalg af dette beløb, hvilket kun vil have en marginal indflydelse på foreningens drift.

Ad 2. om aftalepartneren har indflydelse på foreningens drift i kraft af et medejerskab til foreningens investeringsforvaltningsselskab

A skal som de øvrige samarbejdspartnere tilbydes medejerskab af investeringsforvaltningsselskabet og tillige en plads i investeringsforvaltningsselskabets bestyrelse.

Når inhabilitetsproblemerne i foreningerne bliver løst ved en ændring i bestyrelsessammensætningen, så et flertal af foreningernes bestyrelsesmedlemmer ikke er medlemmer af bestyrelsen eller ansatte i pengeinstitutterne, som markedsfører K foreningsandele, ser

administrationsselskabet ingen betænkelighed ved at lade A have en plads i foreningernes bestyrelser, da bestyrelsesmedlemmet kun har én stemme i bestyrelsen, og i øvrigt skal "udenfor døren" under forhandlinger om markedsføringsaftaler, hvor beslutningen må træffes af det flertal, som ikke er inhabilt.

På denne baggrund mener K A/S ikke, at markedsføringsaftalen med A kan betragtes som en væsentlig aftale, således at As formand fortsat kan være bestyrelsesmedlem i K foreningerne.

Regelgrundlag

Af LIS § 26, stk. 2 om sammensætningen af bestyrelserne i foreningerne fremgår, at "Bestyrelsen skal bestå af mindst 3 medlemmer, der vælges af generalforsamlingen. Ingen medlemmer af bestyrelsen for en forening må være medlemmer af bestyrelsen for depotselskabet eller et andet selskab, som foreningen har indgået væsentlige aftaler med, eller ansat i depotselskabet eller et andet selskab, som foreningen har indgået væsentlige aftaler med, eller være medlem af bestyrelsen for eller ansat i andre selskaber, som er koncernforbundne med disse selskaber."

Af bemærkningerne til LIS § 26, stk. 2 fremgår det vedrørende fortolkning af ordet "væsentlig":

"[...] Der er således tale om en konkret bedømmelse af, om en aftale er væsentlig. For eksempel kan en distributionsaftale med et pengeinstitut, der ikke er depotbank for den pågældende forening, blive anset for væsentlig i lovens forstand, hvis der er tale om foreningens dominerende distributionskanal, mens den ikke vil blive anset som væsentlig, hvis den blot er en aftale blandt flere distributionsaftaler med andre, og der kun afsættes et mindre antal andele under aftalen [...]."

I FIL § 98 er der en lignende bestemmelse for investeringsforvaltningsselskaber.

På baggrund af de i sagen foreliggende oplysninger er Finanstilsynets vurdering, at der ikke foreligger særlige grunde, der taler for, at K foreningernes samarbejdsaftale med A om markedsføring af investeringsbeviser ikke er en væsentlig aftale.

Finanstilsynet har lagt vægt på, at

- A i kraft af sit medejerskab på næsten 25% af investeringsforvaltningsselskabet og sæde i bestyrelsen for dette får indflydelse på K foreningernes drift.
- A har forestået salg af næsten 25% af andelene i K foreningerne og oppebærer en tilsvarende provision i medfør af samarbejdsaftalen.
- et ophør af samarbejdet kan få øjeblikkelige – dog ikke velfærdstruende – konsekvenser for foreningen i form af højere administrationsomkostninger, selvom det dog også er muligt, at omkostningerne falder lidt til at begynde med.
- der altid må forventes at gå en kortere eller længere tid, førend et pengeinstitut, der har opsagt en aftale om markedsføring af investeringsbeviser har rådet sine kunder til at udskifte investeringsbeviser i en forening med en anden investering.

- det også på længere sigt, utvivlsomt vil få betydning, hvis samarbejdet med en distributør, der står for en fjerdedel af salget, ophører, også selvom K A/S sætter alt ind på at skaffe nye distributører, idet der ellers ikke er baggrund for at betale provision til distributørerne udover formidlingsprovision.

As formand kan derfor ikke være medlem af bestyrelsen for K foreningerne.

...”

I klageskrivelsen af 14. november 2005 har K Investeringsforvaltningsselskab A/S anført:

”Retsgrundlag:

Af LIS § 26, stk. 2 om sammensætning af bestyrelserne i foreningerne fremgår ...

...

Af bemærkningerne til LIS § 26, stk. 2 fremgår det vedrørende fortolkning af ordet ”væsentlig”:

”Et andet selskab, som foreningen har indgået væsentlige aftaler med, kan være selskaber, som foreningen har indgået aftaler med om f.eks. investeringsforvaltning, investeringsrådgivning, værdipapirhandel eller markedsføring. Væsentlighedskriteriet anses for opfyldt, hvis aftalen vedrører foreningens kernefunktioner, eller den efter foreningens forhold er af betydelig økonomisk størrelse. Der er således tale om en konkret bedømmelse af, om en aftale er væsentlig. For eksempel kan en distributionsaftale med et pengeinstitut, der ikke er depotbank for den pågældende forening, blive anset for væsentlig i lovens forstand, hvis der er tale om foreningens dominerende distributionskanal, mens den ikke vil blive anset som væsentlig, hvis den blot er en aftale blandt flere distributionsaftaler med andre, og der kun afsættes et mindre antal andele under aftalen.”

Bestyrelsessammensætningen:

Bestyrelsen i K foreningerne har gennem de sidste mange år, med respekt af de årlige generalforsamlinger, bestået af medlemmer, der tillige er valgt af garantier og aktionærer som formænd i pengeinstitutter, som distribuerer foreningsandele. I øjeblikket er formanden for foreningerne tillige formand for A, der har forestået et salg på 24,6% af foreningsandelene.

I forbindelse med en ændring af Ks struktur har Finanstilsynet taget stilling til bestyrelsessammensætningen i foreningerne og herunder i afgørelse af 19. juli 2005 taget stilling til, hvornår en aftale er væsentlig.

Finanstilsynet vurderer i afgørelsen at grænsen for, hvad der er en væsentlig markedsføringsaftale for K foreningerne som udgangspunkt kan fastsættes til 20%, men at Finanstilsynet skal se på den konkrete aftale med henblik på, om der er forhold, der kan begrunde en anden vurdering. Finanstilsynet anmoder K om at oplyse, om der efter vores opfattelse er særlige grunde, der taler for, at markedsføringsaftalen med A, der har forestået salg af 24,6% af K foreningernes andele ikke kan betragtes som en væsentlig aftale.

Den 3. august sendte K en skrivelse til Finanstilsynet med argumenter for, at markedsføringsaftalen med A ikke kan betragtes som væsentlig. I argumentationen tages udgangspunkt i to punkter, som Finanstilsynet nævner, der lægges vægt på, når der i det konkrete tilfælde skal tages stilling til, om en aftale er væsentlig.

1. Om ophør af samarbejdet får øjeblikkelige konsekvenser for foreningen.
2. Har aftalepartneren indflydelse på foreningens drift i kraft af et medejerskab til investeringsforvaltningsselskabet kan dette tillige indgå i vurderingen af, om aftalen er væsentlig.

Ks argumentation i forbindelse med punkt ét er, at opsigelsesvarslet i samarbejdsaftalen er 3 måneder. Hvis A vælger at opsiges samarbejdsaftalen med K forestiller vi os, at der er tre forskellige muligheder for, hvad der vil ske med kundernes beholdning af K beviser.

a. Sparekassen vælger ikke straks at råde kunderne til at sælge foreningsandelene tilbage, da det vil påføre kunderne omkostninger. Pengeinstitutter har pligt til at udvise god skik i rådgivningen, herunder at tage hensyn til kundernes skatteforhold. Ved dette scenario vil foreningens gennemsnitlige omkostningsprocent falde da omkostninger til provision vil blive reduceret.

b. Der vil ske et stort tilbagesalg på kort tid. Dette vil bevirke, at foreningernes formue reduceres. Hvis tilbagesalget ikke kompenseres med nysalg til anden side, vil det på kort sigt betyde en omkostningsstigning i foreningerne. Langt hovedparten af omkostningerne er provisionsomkostninger i relation til samarbejdsaftalen. Et forsigtigt skøn er, at den samlede aktuelle gennemsnitlige omkostningsprocent på ca. 1,08% vil stige til ca. 1,24% - altså en marginal ændring indenfor vedtægternes ramme.

c. Sparekassen vil hen ad vejen anbefale kunderne at omlægge beholdningen af foreningsandele i K, når kunderne i øvrigt skal rådgives om deres investeringer. Ved dette scenario er det sandsynligt, at omkostningerne vil falde som også nævnt i punkt a.

Efter vores opfattelse er det mest realistisk at forestille sig scenariet i punkt c. Tilbagesalget vil alt andet lige betyde, at foreningernes formue løbende reduceres.

Der indgås imidlertid løbende nye samarbejdsaftaler. Eksempelvis er der indenfor de sidste måneder indgået samarbejdsaftaler med B (pengeinstitut), C (pengeinstitut) og D (pengeinstitut). Hos de nye samarbejdspartnere er der et potentiale for nysalg, som helt eller delvist vil kunne opveje formuereduktionen.

Ydermere har K en salgs- og udviklingsafdeling i drift, som øjeblikkeligt vil kunne iværksætte aktiviteter med henblik på at udnytte potentialet hos samtlige øvrige 86 samarbejdspartnere. Der vil blive frigjort ressourcer fra servicering af A, som kan bruges til at fremme foreningernes interesser i andre sammenhænge. Som illustration kan nævnes, at der har været en stigning i foreningernes formue de sidste to år på 50%.

As egen beholdning af foreningsandele udgør pr. dags dato kun ca. 0,37% af den samlede formue. Ved en opsigelse af samarbejdsaftalen vil der kunne ske et umiddelbart tilbagesalg af dette beløb, hvilket kun vil have en marginal indflydelse på foreningens drift. Det er sparekassens egen beholdning af foreningsandele, der knytter sig til stemmeretten på foreningens generalforsamlinger.

For så vidt angår punkt to har vi redegjort for, at A som de øvrige samarbejdspartnere skal tilbydes medejerskab af en fremtidig K koncern og tillige en plads i investeringsforvaltningsselskabets bestyrelse.

Når inhabilitetsproblemerne i foreningerne bliver løst ved en ændring i bestyrelsessammensætningen, så et flertal af foreningernes bestyrelsesmedlemmer ikke er medlemmer af bestyrelsen eller ansatte i pengeinstitutterne, som markedsfører K foreningsandele, ser vi ingen betænkelighed ved at lade A have en plads i foreningernes bestyrelser, da bestyrelsesmedlemmet kun har én stemme i bestyrelsen og i øvrigt skal "udenfor døren" under forhandlinger om markedsføringsaftaler, hvor beslutningen må træffes af det flertal, som ikke er inhabilt.

På baggrund af ovennævnte argumenter mener vi ikke, at markedsføringsaftalen med A kan betragtes som en væsentlig aftale, således at As formand fortsat kan være bestyrelsesmedlem i K foreningerne.

Den 21. oktober 2005 har Finanstilsynet truffet den afgørelse, at As formand ikke kan være medlem af bestyrelsen for K foreningerne, idet det er Finanstilsynets vurdering, at der ikke foreligger særlige grunde, der taler for, at K foreningernes samarbejdsaftale med A ikke er en væsentlig aftale.

Finanstilsynet nævner fem forhold, man har lagt vægt på.

For det første har Finanstilsynet lagt vægt på, at "A i kraft af sit medejerskab på næsten 25% af investeringsforvaltningsselskabet og sæde i bestyrelsen for dette får indflydelse på K foreningernes drift."

Her må det præciseres, at en række pengeinstitutter – herunder A – påtænker at oprette et holdingselskab, som skal eje 90% af investeringsforvaltningsselskabet. De resterende 10% skal ejes af foreningerne. A vil komme til at eje 24,6% af aktierne i holdingselskabet, idet aktierne fordeles i forhold til forretningsomfanget. Sparekassens ejerskab af investeringsforvaltningsselskabet bliver således et indirekte ejerskab. A skal tilbydes en bestyrelsespost i såvel holdingselskab som investeringsforvaltningsselskab. På nuværende tidspunkt er investeringsforvaltningsselskabet foreningsejet. Det er væsentligt at understrege, at det kun er på generalforsamlinger i holdingselskabet, A har en indflydelse på ca. 25%. Ved valg af bestyrelsesmedlemmer i holdingselskabet har de fem største aktionærer i henhold til en aktionæroverenskomst hver for sig automatisk ret til at udpege et medlem af bestyrelsen. Herudover vælger de resterende aktionærer op til 7 medlemmer af bestyrelsen. Desuden er der indført en bestemmelse som sikrer, at A ikke kan hindre, at noget gennemføres, idet der kræves 2/3 flertal til ændringer af aktionæroverenskomsten. Som bestyrelsesmedlem i holdingselskab og investeringsforvaltningsselskab har man én stemme ud af det samlede antal bestyrelsesmedlemmers stemmer uanset ejerandel.

Det andet forhold, Finanstilsynet har lagt vægt på, er at A har forestået salg af næsten 25% af andelene i K foreningerne og oppebærer en tilsvarende provision i medfør af samarbejdsaftalen.

For det tredje nævnes, at ”et ophør af samarbejdet kan få øjeblikkelige – dog ikke velfærdstruende – konsekvenser for foreningen i form af højere administrationsomkostninger, selvom det dog også er muligt at omkostningerne falder lidt til at begynde med.”

Et ophør af samarbejdet vil umiddelbart kun give højere administrationsomkostninger, hvis Sparekassen vælger straks at råde kunderne til at sælge foreningsandelene ...

For det fjerde nævnes, at ”der altid må forventes at gå en kortere eller længere tid førend et pengeinstitut, der har opsagt en aftale om markedsføring af investeringsbeviser har rådet sine kunder til at udskifte investeringsbeviser i en forening med en anden investering.”

Vi forstår Finanstilsynets formulering sådan, at der er enighed mellem Finanstilsynet og K om, at scenario c er det mest sandsynlige. Det betyder størst sandsynlighed for et fald i omkostningerne. Der vil ingen øjeblikkelige konsekvenser være, men en formentlig midlertidig glidende reduktion af formuen, som vil være reetableret i løbet af forholdsvis kort tid.

Scenario b, som der tilsyneladende er enighed om, vil være den mindst sandsynlige, vil betyde stigende omkostninger. Stigningen vil være fra det nuværende niveau på 1,08% til 1,24%. Stigningen ligger indenfor, hvad der er muligt efter de gældende vedtægter. Efter de gældende vedtægter, må administrationsomkostningerne ikke overstige 2,5% for rene aktieafdelinger, 1,5% for rene obligationsafdelinger og 2,0% for

blandede aktie/obligationsafdelinger. Beregningen forudsætter i øvrigt uændrede omkostninger. Man vil i en given situation iværksætte tiltag for at tilpasse omkostningerne, så de passer til den efterfølgende volumen.

Når Finanstilsynet og K tilsyneladende er enige om et eventuelt forløb i tilfælde af aftalens ophør, kan man undre sig over, at Finanstilsynet bruger et andet forløb som et argument for en konkret vurdering af væsentlighed.

Det femte og sidste, som Finanstilsynet anfører at have lagt vægt på, er, at "det også på længere sigt utvivlsomt vil få betydning, hvis samarbejdet med en distributør, der står for en fjerdedel af salget, ophører, også selvom K A/S sætter alt ind på at skaffe nye distributører, idet der ellers ikke er baggrund for at betale provision til distributørerne udover formidlingsprovision."

Dette punkt forstår vi således, at Finanstilsynet er af den opfattelse, at der ikke er råd til at udbetale depotprovision, hvis ikke der sker et nysalg. Dette synspunkt bestrides, idet depotprovision er indeholdt i de samlede omkostninger, der som nævnt ovenfor i den værst tænkelige situation midlertidigt maksimalt vil stige fra 1,08% til 1,24% ved et ophør af samarbejdet med A.

For så vidt angår de øjeblikkelige konsekvenser for foreningerne, såfremt samarbejdet med A ophører, er der i redegørelsen af 3. august 2005 et afsnit, hvor K redegør for, at "der løbende indgås nye samarbejdsaftaler. Eksempelvis er der indenfor de sidste måneder indgået samarbejdsaftaler med B (pengeinstitut), C (pengeinstitut) og D (pengeinstitut). Hos de nye samarbejdspartnere er der et potentiale for nysalg, som helt eller delvist vil kunne opveje formuereduktionen.

Ydermere har K en salgs- og udviklingsafdeling i drift, som øjeblikkeligt vil kunne iværksætte aktiviteter med henblik på at udnytte potentialet hos samtlige øvrige 86 samarbejdspartnere. Der vil blive frigjort ressourcer fra servicering af A, som kan bruges til at fremme foreningernes interesser i andre sammenhænge."

Disse argumenter har Finanstilsynet tilsyneladende ikke tillagt vægt. Efter vores opfattelse er det væsentlig at inddrage overvejelser om forholdet til øvrige eksisterende samarbejdspartnere og potentielle samarbejdspartnere.

Ydermere har K anført, at As formand som medlem af K foreningernes bestyrelse kun har én stemme ud af det samlede antal stemmer i bestyrelsen og i øvrigt skal "udenfor døren" under forhandlinger om markedsføringsaftaler, hvor beslutningen må træffes af det flertal, som ikke er inhabilt."

Det er mindre væsentligt, hvor stor en andel af salget, man har forestået, da indflydelsen i bestyrelsen ikke hænger sammen med salgets størrelse.

Efter vores opfattelse er det et væsentligt argument, som tilsyneladende heller ikke er tillagt vægt i Finanstilsynets vurdering.

...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i skrivelse af 16. december 2005 udtalt:

”...

I brevet har K Investeringsforvaltningsselskab A/S klaget over Finanstilsynets afgørelse af 21. oktober 2005. Ifølge denne afgørelse kan formanden for bestyrelsen i A, der har indgået væsentlige aftaler med Investeringsforeningen K, Placeringsforeningen K og Fåmandsforeningen K (K foreningerne), ikke være medlem af foreningernes bestyrelser, når disse har solgt deres investeringsforvaltningsselskab til et pengeinstitutejet holdingselskab.

I denne anledning skal Finanstilsynet herved fremkomme med en redegørelse:

1. Sagsfremstilling

1.1 Sagens baggrund

K A/S, der ejes 100% af de tre K foreninger, søgte den 25. juni 2004 om tilladelse til at drive investeringsforvaltningsselskab, men har endnu ikke fået tilladelse som sådant. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har dog registreret selskabet som om, det har fået tilladelse, hvorfor det nu hedder K Investeringsforvaltningsselskab A/S. Bestyrelsesmedlemmerne i K foreningerne er samtidig formænd for en række pengeinstitutter, som sælger foreningernes andele.

K foreningerne og de pengeinstitutter, som markedsfører (sælger) foreningernes andele overvejer en ny struktur, hvor foreningerne sælger 90% af aktierne i investeringsforvaltningsselskabet til et holdingselskab. K foreningerne skal eje 10% af dette holdingselskab og pengeinstitutterne skal eje 90%. Aktierne fordeles mellem pengeinstitutterne i forhold til det antal andele, de har solgt. Der henvises til Ks notat "Redegørelse for etablering af K koncernen ...

Det fremgår af notatet, at de pengeinstitutter, som K foreningernes bestyrelsesmedlemmer er formænd for, samtidig skal være medejere af K koncernen eller have tilbud herom. 15 pengeinstitutter skal efter de foreliggende oplysninger eje 83,54% af koncernen. 6,46% af aktierne skal ejes af andre. De pengeinstitutter der har de største ejerandele er:

A (pengeinstitut) (24,60%),

E (pengeinstitut) (10,93%),

F (pengeinstitut) (8,82%),

G (pengeinstitut) (depotselskab)(7,11%)

H (pengeinstitut) (6,09%)

I (pengeinstitut) (4,57%)

J (pengeinstitut) (3,5%)

L (pengeinstitut) (3,05%)

M (pengeinstitut) (2,84%)
N (pengeinstitut) (2,62%)
O (pengeinstitut) (2,49%)
P (pengeinstitut) (2,38%)
Q (pengeinstitut) (2,19%)
R (pengeinstitut) (1,25%)
S (pengeinstitut) (1,10%)
Øvrige (6,46%)

K Investeringsforvaltningsselskab A/S har den 1. juni 2005 oplyst, at de angivne procenter også svarer til de foreningsandele, som de pågældende pengeinstitutter har afsat. Formændene for de pengeinstitutter, der er skrevet med kursiv, er medlemmer af bestyrelserne for K foreningerne. Disse pengeinstitutter har solgt 59,94% af K foreningernes andele. Ifølge Ks notat fortsætter formændene som bestyrelsesmedlemmer i K foreningerne efter salget af investeringsforvaltningsselskabet.

Foreningerne betaler et markedsføringshonorar (provision) til en række pengeinstitutter for, at disse har solgt og vil sælge andele i foreningerne til pengeinstitutternes kunder, som de også rådgiver. Der er tale om et honorar, som foreningerne betaler udover det formidlingshonorar eller kurtage, som kunderne betaler for at købe eller sælge andele. Det er blevet praksis, at danske investeringsforeninger betaler et sådant honorar. Det beregnes sædvanligvis i forhold til det antal andele, pengeinstitutterne har i depot for deres kunder og eventuelt sig selv.

I K foreningerne udgør dette markedsføringshonorar mellem 33,3% og 70,7% af afdelingernes administrationsomkostninger. Finanstilsynet har udarbejdet en oversigt over honorarernes størrelse i de enkelte afdelinger ...

...

Den indankede sag drejer sig om sammensætningen af bestyrelsen i K foreningerne og fortolkning af ordene "væsentlige aftaler", jf. den såkaldte værnsregel i LIS § 26, stk. 2, hvorefter ingen medlemmer af bestyrelsen for en forening må være medlemmer af bestyrelsen for depotselskabet eller et andet selskab, som foreningen har indgået væsentlige aftaler med.

Sagen har været forelagt for Det Finansielle Virksomhedsråd.

...

2. Retligt grundlag

2.1 Baggrund for værnsreglerne

LIS § 26, stk. 2, 2. punktum, og FIL § 98 blev indsat i de to love som værnsregler for at beskytte foreningerne og deres investorer mod de interessekonflikter, der er mellem foreningerne og deres aftalepartnere.

Af bemærkningerne til § 26 fremgår det, at det "Som noget nyt foreslås den hidtidige regel om, at flertallet af bestyrelsens medlemmer ikke må

være medlemmer af bestyrelsen for eller ansat i depotselskabet eller et andet selskab, som er koncernforbundet med depotselskabet, skærpet, således at ingen af bestyrelsens medlemmer må være medlemmer af bestyrelsen for eller ansat i depotselskabet eller et andet selskab, som foreningen har indgået væsentlige aftaler med, eller i andre selskaber, som er koncernforbundne med disse selskaber.

Formålet med ændringen er at understrege, at en forenings bestyrelse alene skal varetage foreningens interesser. Reglen skal forebygge interessekonflikter og inhabilitet i forholdet mellem foreningens bestyrelse og de selskaber, som foreningen har et væsentligt samarbejde med. Ændringen skal også ses i lyset af, at Finanstilsynet agter at indføre en ny praksis, hvorefter det tillades, at en forenings depotselskab tillige får lov til at eje foreningens administrationsselskab."

Interessekonflikterne består i, at jo højere omkostninger, en forening eller afdeling har, jo mindre bliver investorernes afkast, medens de høje omkostninger kan betyde, at foreningernes samarbejdspartnere får en høj indtjening på forretningsmellemværendet.

...

4. Anken og Finanstilsynets bemærkninger hertil

I anken af 14. november 2005 har K anført, at Finanstilsynet nævner fem forhold, som tilsynet har lagt vægt på. Finanstilsynet har for overskuelighedens skyld indsat sine bemærkninger under de enkelte punkter, som K har anført.

Ad forhold 1

...

Finanstilsynets bemærkninger til forhold 1

Finanstilsynet har alene begrundet sin afgørelse med henvisning til, at A i den nye struktur i kraft af sit medejerskab, som Finanstilsynet er opmærksomt på, er et indirekte ejerskab, på næsten 25 % af investeringsforvaltningsselskabet og sæde i bestyrelsen for dette får indflydelse på K foreningernes drift. Finanstilsynet har ikke anført, at A får en større indflydelse, end de øvrige aktionærer og bestyrelsesmedlemmer. Ejerskabet i den nye struktur er et yderligere argument for, at den markedsføringsaftale, som A har med K foreningerne, er en væsentlig aftale i forhold til en tilsvarende aftale, hvor der ikke er tale om ejerskab. – Sparekassen vil således oppebære næsten 25 % af et eventuelt overskud i koncernen som udbytte eller værdistigning af aktierne.

Ad forhold 2 og 3

...

Finanstilsynets bemærkninger til forhold 2 og 3

På baggrund af at grænsen, for hvad der må anses for en væsentlig aftale i den foreliggende sag, er en markedsføringsaftale på 20 %, har

Finanstilsynet konstaterer, at A med en aftale på næsten 25 % ligger over udgangspunktet på 20 %.

Endvidere har Finanstilsynet henvist til, at en ophævelse kan få øjeblikkelige konsekvenser. I realiteten er der ingen, der ved, hvad der i givet fald vil ske. Der har Finanstilsynet bekendt kun været få tilfælde, hvor pengeinstitutter, der har haft væsentlige aftaler om markedsføring af andele i foreninger, er ophørt hermed. Som et eksempel kan det nævnes, at det for en række år siden fik alvorlige konsekvenser for Investeringsforeningen T, efterhånden som en række sparekasser, der markedsførte foreningernes beviser, etablerede deres egne investeringsforeninger og derefter ikke havde interesse i at markedsføre Investeringsforeningen T.

Ad forhold 4

...

Finanstilsynets bemærkninger til forhold 4

Som Finanstilsynet har anført under forhold 2 og 3 er der ingen, der ved, hvad der i givet fald vil ske. Det kommer også an på skattereglerne, som indgår i Ks scenario a. Skatteministeriet har fremsat forslag om at ophæve treårsreglen for personer, men ikke for selskaber. Bliver loven vedtaget, kan det få betydning for hvor længe, investorerne ønsker at beholde deres investeringsbeviser. Vedtagelsen kan således også få betydning for, hvor lang tid, der vil gå, førend pengeinstitutternes kunder vælger andre investeringsbeviser.

Der er netop etableret en ny investeringsforening, der markedsfører sig med, at den skal have lave omkostninger. Teoretisk kunne det tænkes, at et pengeinstitut, som i overensstemmelse med god skik varetager sine kunders bedste interesse, forsøger at finde andele i investeringsforeninger, der har lavere omkostninger. Når Finanstilsynet skriver "teoretisk", er det, fordi det formentlig også vil medføre et lavere honorar til det pågældende pengeinstitut, som måske ikke vil være interesseret på grund af de lavere indtægter. Det er også en af interessekonflikterne.

Ad forhold 5

...

Finanstilsynets bemærkninger til forhold 5

Det er Finanstilsynets vurdering, at det også på længere sigt utvivlsomt vil få betydning, hvis samarbejdet med en distributør, der står for en fjerdedel af salget, ophører, også selvom K A/S sætter alt ind på at skaffe nye distributører. Hvis det ikke må antages at få betydning, at et pengeinstitut, der har et forretningsmellemværende på næsten 25% af foreningernes forretningsvolumen, er der efter Finanstilsynets vurdering ikke baggrund for, at foreningerne betaler et markedsføringshonorar (provision) til de pengeinstitutter, der markedsfører andelene. Investorerne betaler gennem foreningernes administrationsomkostninger det løbende formidlingshonorar til pengeinstitutterne beregnet på baggrund af, hvor mange andele pengeinstitutterne har i depot for deres

kunder. Begrundelsen for at en forening betaler det løbende markedsføringshonorar er jo netop et ønske om at styrke og fastholde pengeinstitutternes loyalitet over for foreningen.

Ks øvrige bemærkninger

K

...

Finanstilsynets bemærkninger

Finanstilsynet er opmærksomt på, at K øjeblikkeligt vil iværksætte foranstaltninger for at få de pengeinstitutter, der allerede markedsfører foreningernes andele til at sælge endnu flere andele samt at K vil iværksætte aktiviteter for at få nye markedsføringsaftaler. Imidlertid er det Finanstilsynets vurdering, at det er noget alle investeringsforvaltningsselskaber, hvis foreninger mister en væsentlig aftalepartner, vil gøre. Det er derfor efter Finanstilsynets vurdering ikke et forhold, der gør, at en markedsføringsaftale, der er væsentlig, ikke længere er det.

K

Ydermere har K anført, at As formand som medlem af K foreningernes bestyrelse kun har én stemme ud af det samlede antal stemmer i bestyrelsen og i øvrigt skal "udenfor døren" under forhandlinger om markedsføringsaftaler, hvor beslutningen må træffes af det flertal, som ikke er inhabilt.

Det er mindre væsentligt, hvor stor en andel af salget, pengeinstituttet har forestået, da indflydelsen i bestyrelsen ikke hænger sammen med salgets størrelse. Efter K opfattelse er det et væsentligt argument, som tilsyneladende heller ikke er tillagt vægt i Finanstilsynets vurdering.

Finanstilsynets bemærkninger

Når Finanstilsynet ikke har lagt vægt på disse forhold, er det dels fordi forretningsmellemværendet har betydning for, hvad der er en væsentlig aftale, dels fordi LIS forudsætter, at bestyrelsesmedlemmer, der er inhabile, forlader bestyrelseslokalet. Det skal de altid gøre, og det er ikke nyt. Endvidere er det praksis i foreningerne, at bestyrelsesmedlemmerne – dog ofte bortset fra formanden, hvis stemme kan være udslagsgivende ved stemmelighed – har samme stemmeret. På trods af inhabilitetsreglerne, der står i LIS § 29, stk. 2, og svarer til aktieselskabslovens regler, indeholder LIS § 26, stk. 2, et forbud mod, at bestyrelsesmedlemmer i en forening samtidig kan være bestyrelsesmedlemmer i selskaber, som foreningerne har indgået væsentlige aftaler med.

...”

Ankenævnet udtaler:

Ifølge lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. § 26, stk. 2, må ingen medlemmer af bestyrelsen for en forening være medlemmer af bestyrelsen for depotselskabet eller et andet selskab, som foreningen har indgået væsentlige aftaler med, eller ansat i depotselskabet eller et andet selskab, som foreningen har indgået væsentlige aftaler med, eller være medlem af bestyrelsen for eller ansat i andre selskaber, som er koncernforbundne med disse selskaber.

I bemærkninger til forslag til lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. § 26, stk. 2, (Folketingstidende 2003/2004, tillæg A, s. 131) hedder det blandt andet:

”Et andet selskab, som foreningen har indgået væsentlige aftaler med, kan være selskaber, som foreningen har indgået aftaler med om f.eks. investeringsforvaltning, investeringsrådgivning, værdipapirhandel eller markedsføring. Væsentlighedskriteriet anses for opfyldt, hvis aftalen vedrører foreningens kernefunktioner, eller den efter foreningens forhold er af betydelig økonomisk størrelse. Der er således tale om en konkret bedømmelse af, om en aftale er væsentlig. For eksempel kan en distributionsaftale med et pengeinstitut, der ikke er depotbank for den pågældende forening, blive anset for væsentlig i lovens forstand, hvis der er tale om foreningens dominerende distributionskanal, mens den ikke vil blive anset som væsentlig, hvis den blot er en aftale blandt flere distributionsaftaler med andre, og der kun afsættes et mindre antal andele under aftalen.”

A har i henhold til markedsføringsaftalen med K foreningerne forestået salget af 24,6% af K foreningernes foreningsandele.

På denne baggrund finder ankenævnet, at markedsføringsaftalen med A er væsentlig for K foreningerne, og ankenævnet tiltræder derfor, at formanden for bestyrelsen i A ikke kan være medlem af bestyrelserne for K foreningerne.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 21. oktober 2005.

4.4. LOV OM VÆRDIPAPIRHANDEL MV.

7) Kendelse af 18. maj 2006 (J.nr. 2006-0004893).

Anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.

Værdipapirhandelslovens § 84 a.

(Suzanne Helsteen, Lise Høgh og Jan Uffe Rasmussen)

K har den 13. januar 2006 klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 11. januar 2006 har nægtet at imødekomme en anmodning om aktindsigt i al korrespondance mellem Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og A A/S.

Sagens omstændigheder:

K anmodede den 9. januar 2006 pr. e-mail Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om ”aktindsigt i al korrespondance mellem Erhvervs- og Selskabsstyrelsen samt eventuelt underliggende kontorer/afdelinger med virksomheden, A samt eventuelt underliggende datterselskaber.”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen afslog ved skrivelse af 11. januar 2006 at imødekomme anmodningen. I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse hedder det:

”...

Der har i den seneste tid været en del omtale af ovennævnte selskab i dagspressen, og selskabet har i forbindelse med offentliggørelsen af et prospekt på Københavns Fondsbørs oplyst, at styrelsen i øjeblikket korresponderer med selskabet. Styrelsen antager, at din anmodning omfatter al korrespondance mv. i denne sag.

Som svar på din anmodning, kan jeg oplyse, at eventuel korrespondance, jf. ovenstående, vil være omfattet af styrelsens tavshedspligt og derfor undtaget fra retten til aktindsigt, jf. § 14 i offentlighedsloven sammenholdt med § 84 a i værdipapirhandelsloven.

...”

K påklagede den 13. januar 2006 pr. fax afgørelsen til Erhvervsankenævnet.

I en over sagen af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse af 13. februar 2006 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen udtalt:

”...

Sagens faktiske omstændigheder:

...

Der har i den seneste tid været en del omtale af ovennævnte selskab [A A/S] i dagspressen. Selskabet har i forbindelse med offentliggørelsen af et prospekt på Københavns Fondsbørs oplyst, at styrelsen i øjeblikket korresponderer med selskabet. Ved behandlingen af Ks anmodning om aktindsigt lagde styrelsen til grund, at anmodningen omfattede materiale i den af selskabet omtalte sag. Dette har K ikke bestridt.

Det retlige grundlag:

Det følger af Værdipapirhandelslovens § 84a, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er underlagt tavshedspligt for de oplysninger som styrelsen måtte komme i besiddelse af som led i udøvelsen af sekretariatsfunktionen for Fondsrådet i medfør af Værdipapirhandelslovens § 83, stk. 2.

Det følger endvidere af Offentlighedslovens § 14, at pligten til at meddele oplysninger er begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

Vurdering og konklusion:

Som nævnt under sagens faktiske omstændigheder, har styrelsen lagt til grund at Ks anmodning vedrører den af selskabet omtalte sag, som er en del af styrelsens regnskabskontrol af børsnoterede selskaber. Alle oplysninger som styrelsen modtager som led i styrelsens regnskabskontrol, er underlagt styrelsens tavshedspligt og dermed undtaget fra aktindsigt i medfør af Værdipapirhandelslovens § 84a sammenholdt med Offentlighedsloven § 14.

Styrelsen skal derfor fastholde det meddelte afslag på aktindsigt.

...”

K er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger i sagen.

Ankenævnet udtaler:

Efter § 84 a, stk. 1, sidste pkt., i lov om værdipapirhandel m.v. har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen tavshedspligt med hensyn til fortrolige oplysninger, som styrelsen modtager under behandlingen af en sag som led i udøvelsen af sekretariatsfunktionen for Fondsrådet.

Bestemmelsen i § 84 a blev ændret ved lov nr. 1383 af 20. december 2004. Af bemærkningerne til lovændringen (L 64 af 27. oktober 2004, § 6, nr. 1) fremgår blandt andet, at der er tale om en tilsvarende bestemmelse som § 1, nr. 65 (§ 354, stk. 1 i lov om finansiel virksomhed), og at der henvises til bemærkningerne til denne bestemmelse.

Af bemærkningerne i lovforslaget (L 64 af 27. oktober 2004, § 1, nr. 65) til ændring af § 354, stk. 1 i lov om finansiel virksomhed fremgår blandt andet:

”

Det foreslås, at bestemmelsens ordlyd præciseres, således at det udtrykkeligt fremgår, at den udelukkende omhandler fortrolige oplysninger samt oplysninger, som Finanstilsynet har modtaget i forbindelse med sin tilsynsvirksomhed.

Formålet hermed er at gøre det tydeligere, at oplysninger, som Finanstilsynet modtager i forbindelse med sin reguleringsvirksomhed og sin informationsvirksomhed ikke er omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt. Ændringen indebærer, at det tydeliggøres, at fortrolighed i relation til disse dele af Finanstilsynets virksomhed alene skal vurderes i forhold til lov om offentlighed i forvaltningen og forvaltningsloven.

Stk. 1 indeholder hovedreglen om Finanstilsynets tavshedspligt. Efter bestemmelsen i stk. 1 må Finanstilsynets ansatte, personale, som udfører serviceopgaver for Finanstilsynet samt eksperter ansat af Finanstilsynet ikke videregive de fortrolige oplysninger, som modtages i forbindelse med tilsynsvirksomheden. Tavshedspligten omfatter også oplysninger, som Finanstilsynet modtager fra udenlandske myndigheder. De finansielle direktiver indeholder også regler om tavshedspligt.

Tavshedspligten er i høj grad baseret på et ønske om at beskytte de finansielle virksomheders kunder, det være sig privatpersoner eller erhvervskunder. Hertil kommer et ønske om af konkurrencemæssige grunde at beskytte de finansielle virksomheders forretningsmæssige forhold. Herudover er Finanstilsynets tavshedspligt en afgørende betingelse for den tilsynsmæssige effektivitet. For at tilsynet kan få alle nødvendige oplysninger i en given sag, må de finansielle virksomheder og kunderne kunne nære tillid til, at tilsynet ikke videregiver fortrolige oplysninger.

Bestemmelsen er dog ikke til hinder for, at overordnede myndigheder (ministerier) i forskellige lande udveksler oplysninger om koncernforbundne virksomheder som led i en krisestyring.

Ved fortrolige oplysninger forstås oplysninger om en finansiel virksomheds

forretningsmæssige forhold og kunders forhold samt andre oplysninger, som efter deres karakter er fortrolige. Oplysninger, som efter deres karakter er offentlige, f.eks. regnskaber og fondsbørsmeddelelser, er ikke omfattet af tavshedspligten. Tilsvarende gælder oprindeligt fortrolige oplysninger, som uden om tilsynet er blevet offentliggjort af andre kanaler i en grad, at det er blevet almindeligt kendt.

Ved oplysninger, der efter deres karakter er fortrolige, forstås, oplysninger, der ikke direkte relaterer sig til enkelte kunders eller virksomheders forhold. Det drejer sig bl.a. om oplysninger om økonomiske eller forretningsmæssige forhold for personer og selskaber, som ikke er kunder i egentlig forstand, men som f.eks. kautionerer for kunder, har ejerandele i den finansielle virksomheds kunder eller på anden vis har en personlig, økonomisk eller forretningsmæssig tilknytning til kunder uden selv at være det.

Begrebet »tilsynsvirksomhed« skal ses i forhold til de pligter, der er pålagt Finanstilsynet i kapitel 21 om tilsyn i lov om finansiel virksomhed. Det medfører bl.a., at sager, der relaterer sig til tilsynsforpligtelsen i § 344, hvorefter Finanstilsynet påser overholdelsen af loven og regler udstedt i medfør heraf, samt undersøgelser efter § 346 er omfattet af tilsynsvirksomheden. I modsætning hertil er oplysninger, som Finanstilsynet modtager som led i sin reguleringsvirksomhed og informationsvirksomhed ikke omfattet. Udstedelse af bekendtgørelser med hjemmel i loven er ikke omfattet af tilsynsvirksomheden, ligesom udarbejdelse af årsberetningen er en del af informationsvirksomheden til trods for, at det følger af § 353 i tilsynskapitlet, at Finanstilsynet skal afgive en årlig beretning.

Adgangen til aktindsigt i Finanstilsynets sager efter offentlighedsloven begrænses af Finanstilsynets tavshedspligt, jf. § 14, 1. pkt., i lov om offentlighed i forvaltningen. Det er dog udelukkende adgangen til aktindsigt efter offentlighedsloven, der er begrænset. Parters rettigheder herunder adgang til aktindsigt skal afgøres efter forvaltningsloven. Afgørelse af hvem der er part i forhold til Finanstilsynet, træffes efter lov om finansiel virksomhed § 355.

Det foreslås i 2. pkt., at personer, der er ansat i virksomheder, som Finanstilsynet har indgået kontrakt med om udførelsen af serviceopgaver som led i tilsynets drift, også er omfattet af bestemmelsen om tavshedspligt. Serviceopgaver som led i driften vil f.eks. være rengøring, vagttjeneste, reparation og vedligeholdelse af elektronisk materiel og kantinedrift.”

I afgørelsen anføres det, at A A/S i forbindelse med offentliggørelsen af et prospekt på Københavns Fondsbørs har oplyst, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i øjeblikket korresponderer med selskabet, og at styrelsen antager, at anmodningen om aktindsigt omfatter al korrespondance i denne sag.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har i sin redegørelse af 13. februar 2006 lagt til grund, at anmodningen ”vedrører den af selskabet omtalte sag, som er en del af styrelsens regnskabskontrol af børsnoterede selskaber”, hvilket klageren ikke har kommenteret yderligere.

Ankenævnet lægger herefter til grund, at de oplysninger, der kræves aktindsigt i, vedrører regnskabskontrollen og ikke er oplysninger, som efter deres karakter er offentlige.

Herefter kan ankenævnet tiltræde, at der ikke kan meddeles aktindsigt, jf. § 84 a, stk. 1, sidste pkt., i lov om værdipapirhandel m.v. og Erhvervs – og Selskabsstyrelsens afgørelse tiltrædes herefter.

8) Kendelse af 22. juni 2006 (J.nr. 2005-0002562).

Partsstatus tillagt i sag vedrørende eventuel tilbudspligt.

Værdipapirhandelslovens §§ 31 og 84 b, stk. 2, nr. 7.

(Lise Høgh, Niels Bolt Jørgensen, Cato Baldvinsson, Preben Lund Hansen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelser af 18. marts og 30. marts 2005 har advokat A og advokat B på vegne af henholdsvis A/S K1 og K2 AS klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 18. februar 2005 i medfør af værdipapirhandelslovens § 84 b, stk. 2, nr. 7 har tillagt A/S C partsstatus i en sag vedrørende en eventuel tilbudspligt for A/S K1 og K2 AS i forbindelse med disses aktiebesiddelser i D (selskab).

Klagen har under sagens behandling i ankenævnet været tillagt opsættende virkning.

Sagens omstændigheder:

I en over sagen af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse af 29. april 2005 om sagens faktiske forhold har Finanstilsynet oplyst:

A/S C (herefter "C") ejer efter det oplyste 31,6 % af den noterede aktiekapital i D (herefter "D") før fradrag af Ds beholdning af egne aktier ...

Som følge af diverse udtalelser til pressen ultimo oktober 2004 fandt C, at aktionærene K2 AS og A/S K1 måtte anses for at være én aktionær i værdipapirhandelslovens forstand, hvorfor K2's køb af 20 % af aktiekapitalen i D – hvorefter K2 besad 20 % og A/S K1 besad 25,7 % af aktiekapitalen ... - burde udløse tilbudspligt i medfør af værdipapirhandelslovens § 31.

Ved telefax af 26. oktober 2004 ... tilkendegav C dette synspunkt overfor henholdsvis K2 AS og A/S K1 og anmodede samtidigt om en bekræftelse af, at disse ville afgive pligtmæssigt tilbud i overensstemmelse med værdipapirhandelslovens regler.

Blandt de omtalte udtalelser til pressen fremhævede C i sin telefax en udtalelse fra E fra K2 AS til X-avis, offentliggjort den 21. oktober 2004, hvor denne på spørgsmålet "Vil du da ikke gerne have kontrol over D?" svarer: "Sammen med vores samarbejdspartner vil jeg gerne have det nu, og det har vi...."

Endvidere fremsendte C to artikler fra henholdsvis Y-avis og Z-avis, i hvilke D udtrykker glæde ved det fremtidige samarbejde med K2, til støtte for sit anbringende.

K2 AS og A/S K1 afviste imidlertid denne udlægning, ifølge hvilken de skulle betragtes som én aktionær i forhold til D, overfor C.

Ved brev af 29. oktober 2004 henvendte C sig derpå til KF [Københavns Fondsbørs] med anmodning om, at KF iværksatte en undersøgelse med henblik på at afklare, hvorvidt der forelå tilbudspligt efter værdipapirhandelslovens regler.

KF besvarede Cs's henvendelse ved brev af 22. november 2004, idet KF ikke fandt at have mulighed for at kommentere den konkrete sag overfor C. Derimod gav KF nogle generelle bemærkninger vedrørende vurderingen af, hvorvidt en gruppe aktionærer kunne betragtes som én aktionær i værdipapirhandelslovens forstand.

Ved brev af 20. december 2004 anmodede C derpå KF om følgende:

1. En egentlig afgørelse vedrørende eksistensen af tilbudspligt for A/S K1 og K2 AS ledsaget af en begrundelse og en klagevejledning i overensstemmelse med delegationsaftalen og forvaltningslovens regler, samt
2. meddelelse af aktindsigt efter forvaltningsloven i det i sagen foreliggende materiale.

Denne anmodning var begrundet i, at C fandt at have en åbenbar væsentlig individuel interesse i både en afgørelse og dens begrundelse, som følge af at C med sin andel i aktiekapitalen på 31,6 % er største aktionær i D. Endvidere henviste C til, at D tidligere havde afvist et integreret samarbejde med C. Endelig fremhævedes særligt, at K2s udtalelser til offentligheden dokumenterede, at C blev holdt udenfor indflydelse i D.

Ved brev af 30. december 2004 oplyste KF over for C, at Cs fremsatte krav til KF forudsatte, at C var part i sagen.

KF oplyste endvidere, at C, efter KF's opfattelse, alene ville kunne anses for part i sagen, såfremt Fondsrådet traf afgørelse herom i henhold til værdipapirhandelslovens § 84 b, stk. 2, nr. 7, hvorfor KF havde oversendt sagen til Fondsrådet.

I forbindelse med oversendelsen af sagen stillede KF spørgsmål ved rækkevidden af § 1, nr. 3, i delegationsbekendtgørelsen for så vidt angår Fondsrådets (nu Finanstilsynets) kompetence til konkret at tillægge en interessent partsstatus efter § 84 b, stk. 2, nr. 7. Der henvises i den forbindelse til værdipapirhandelslovens § 83 a, stk. 5.

Finanstilsynet fandt ikke, at kompetencen til at tillægge interessenter partsstatus i medfør af værdipapirhandelslovens § 84 b, stk. 2, nr. 7, var uddelegeret til Københavns Fondsbørs i medfør af bekendtgørelse nr. 354 af 15. maj 2003.

Herefter tillagde Finanstilsynet C partsstatus i den konkrete sag ved brev af 18. februar 2005.

...

Københavns Fondsbørs havde den 30. december 2004 forelagt Fondsrådet (nu Finanstilsynet) spørgsmålet om, hvorvidt og i hvilket omfang C er part i den omhandlede sag. Af Finanstilsynets besvarelse af 18. februar 2005 fremgår blandt andet:

”Spørgsmål om partsstatus

Finanstilsynet finder, at bemærkningerne til værdipapirhandelslovens § 84 b, stk. 2, nr. 7, må forstås således, at de øvrige aktionærer - ”minoritetsaktionærerne” - i en overtagelsessituation som udgangspunkt ikke bør tillægges partsstatus.

Imidlertid er der i bemærkningerne åbnet mulighed for, at minoritetsaktionærer i særlige tilfælde kan tillægges partsstatus med ordlyden ”Derimod er det ikke tiltænkt, at minoritetsaktionærer generelt skal tillægges partsstatus” (tilsynets udhævning).

Det forhold, at man er aktionær i et selskab, hvor der eventuelt erhverves bestemmende indflydelse, er således ikke i sig selv et kriterium, der kan begrunde partsstatus i medfør af § 84 b, stk. 2, nr. 7.

Spørgsmålet er herefter hvilke tilfælde, der i den forbindelse kan anse[s] for særlige.

Det er Finanstilsynets vurdering, at særlige tilfælde enten må relatere sig til forhold hos den eller de potentielle tilbudsgivere eller til forhold hos minoritetsaktionærer.

Ved forhold hos potentielle tilbudsgivere kunne for eksempel den situation, hvor disse ved deres adfærd før, under eller efter en erhvervelse giver anledning til en formodning om, at de har undladt at fremsætte et pligtmæssigt overtagelsestilbud.

For så vidt angår forhold hos minoritetsaktionærer vil det efter Finanstilsynets opfattelse være rimeligt at sondre mellem forskellige aktionærer alt efter formålet med deres ejerskab. De fleste aktionærer køber mindre aktieposter med det formål at forrente deres kapital men uden at have en forventning om at kunne udøve andet end en begrænset indflydelse på driften af selskabet på generalforsamlingen. Enkelte aktionærer køber store aktieposter med en klar forventning om at kunne få stor indflydelse på driften af selskabet. Disse aktionærer kan siges at lide et særligt tab ved at andre aktionærer erhverver en bestemmende indflydelse over selskabet, idet de mister muligheden for at øve indflydelse, ligesom deres aktiepost grundet størrelsen normalt vil være sværere at afhænde end en mindre aktiepost.

Dette synspunkt strider efter tilsynets opfattelse ikke mod det almindelige børsretlige ligebehandlingsprincip. Det er Finanstilsynets opfattelse, at dette princip må forstås i overensstemmelse med den selskabsretlige lighedsgrundsætning. Den selskabsretlige lighedsgrundsætning kræver ligelig behandling af alle aktionærer, der selskabsretligt befinder sig i samme situation. Det er Finanstilsynets opfattelse, at aktionærer, der mister mulighed for at udøve betydelig indflydelse i forbindelse med en erhvervelse, befinder sig i en anden situation end aktionærer, der aldrig har haft mulighed for at udøve reel indflydelse, i hvert fald i forhold til det konkrete spørgsmål om partsbeføjelser.

Endvidere finder tilsynet, at der ved fortolkningen af § 84 b, stk. 2, nr. 7, må lægges vægt på, at formålet med § 31 er at regulere forholdet mellem potentielle tilbudsgivere og aktionærer i visse selskaber. Bestemmelsen retter sig ikke som sådan mod finansielle virksomheder. Derved adskiller bestemmelsen sig fra den del af den finansielle lovgivning, som det særlige partsbegreb normalt relaterer sig til. Dette forhold taler for at tolke § 84 b, stk. 2, nr. 7, i overensstemmelse med det almindelige forvaltningsretlige partsbegreb i det omfang bestemmelsen og bemærkningerne hertil tillader det.

I den konkrete sag finder tilsynet, at C med sin henvisning til diverse udtalelser i medierne har godtgjort, at K2 AS og A/S K1 har opført sig på en måde, der er egnet til at give mistanke om, at de burde have fremsat et pligtmæssigt tilbud i henhold til værdipapirhandelslovens § 31.

Endvidere finder tilsynet, at størrelsen af Cs aktiepost giver C en sådan væsentlig og individuel interesse i afgørelsen af den konkrete sag, at der foreligger et særligt tilfælde i relation til § 84 b, stk. 2, nr. 7.

På denne baggrund har tilsynet ved brev af d.d. tillagt C partsstatus i den konkrete sag i medfør af værdipapirhandelslovens § 84 b, stk. 2, nr. 7.

Forinden udlevering af materialet må Københavns Fondsbørs vurdere - eventuelt efter høring af K2 AS og A/S K1 - hvorvidt der er materiale i sagen, der ikke skal udleveres, jf. forvaltningslovens § 15.

...”

I klageskrivelse af 18. marts 2005 har advokat A på vegne af A/S K1 anført:

”...

K2 AS erhvervede i oktober 2004 en større aktiepost (20,0%) i D fra bl.a. A/S K1, der fortsat ejer en betydelig minoritetsaktiepost (25,7%) i selskabet. I den forbindelse indgik K2 AS en begrænset aktionæroverenskomst ("Aktionæroverenskomsten") med A/S K1 vedrørende parternes aktiebesiddelser i D. Parterne underrettede Københavns Fondsbørs om overenskomstens indhold ved fondsbørsmeddelelse af 11. oktober 2004.

Efter artikler i dagspressen med referater af interviews med ledelsen i K2 AS umiddelbart efter fondsbørsmeddelelsen tilkendegav C, der ejer en betydelig minoritetsaktiepost (31,6%) i D, at der efter selskabets opfattelse eksisterede en tilbudspligt for K2 AS og A/S K1. A/S K1 havde herefter en korrespondance med Københavns Fondsbørs, hvor bl.a. førnævnte aktionæroverenskomst den 27. oktober 2004 blev fremsendt til fortrolig orientering for modtageren.

Ifølge oplysning i Københavns Fondsbørs' brev af 2. marts 2005 til formanden for A/S K1, advokat F, anmodede C den 20. december 2004 Københavns Fondsbørs om aktindsigt i den mellem A/S K1 og Københavns Fondsbørs førte korrespondance. Sagen blev ifølge Københavns Fondsbørs' brev af 2. marts 2005 overdraget til Fondsrådet, som ved brev af 18. februar 2005 meddelte, at C kunne tillægges partsstatus i medfør af værdipapirhandelslovens § 84b, stk. 2, nr. 7 i sagen vedrørende en eventuel tilbudspligt for K2 AS og A/S K1.

Københavns Fondsbørs orienterede i sit brev af 2. marts 2005 A/S K1 om afgørelsen fra Fondsrådet og udbad sig en tilkendegivelse fra A/S K1

om, i hvilket omfang de af A/S K1 til Københavns Fondsbørs indsendte dokumenter efter selskabets opfattelse helt eller delvis burde undtages fra aktindsigt i medfør af forvaltningslovens § 15.

A/S K1 meddelte ved brev af 14. marts 2005 med henvisning til Forvaltningslovens § 15 Københavns Fondsbørs, at der efter selskabets opfattelse ikke kunne gives C aktindsigt i nogen del af den mellem Københavns Fondsbørs og A/S K1 førte korrespondance, herunder Aktionæroverenskomsten. Endvidere anmodede A/S K1 om aktindsigt i den af Fondsrådet truffne afgørelse vedrørende Cs partsstatus i sagen. Endelig blev Københavns Fondsbørs orienteret om, at A/S K1 agtede at indbringe den af Fondsrådet truffne afgørelse for Erhvervsankenævnet.

Anbringender

...

Det gøres gældende, at der - uanset betydningen af de generelle betragtninger fra Fondsrådets side - ikke i den konkrete sag er forhold, der i forhold til A/S K1 begrundet nogen fravigelse af det overvejende synspunkt, som nævnte sætning i bemærkningerne til lovforslaget udtrykker. Tværtimod tilsiger forholdene at fastholde den snævre fortolkning, som bemærkningerne til lovforslaget angiver, og som har sit udspring i den særlige tavshedspligt, der gælder for myndighederne inden for værdipapirhandelsområdet, sådan som det bl.a. er fremhævet i de generelle bemærkninger til § 425, nr. 41 i lovforslaget. Denne særlige tavshedspligt er velbegrundet, og fravigelser herfra vil - i hvert fald i tilfælde som det foreliggende - kunne gøre det særdeles vanskeligt for tilsynsmyndighederne, in casu Københavns Fondsbørs, at opretholde det tillidsforhold til markedsdeltagerne, som muliggør udveksling af følsomme oplysninger til brug for udøvelse af myndighedernes tilsynsbeføjelser.

Det gøres endvidere gældende, at der ikke foreligger oplysninger i sagen, som antyder, endsige påviser, at det er påkrævet at give C aktindsigt - og forudsætningsvis herfor partsstatus - for at værne væsentlige privatinteresser, idet disse fuldt betryggende er værnet af tilsynet fra Københavns Fondsbørs på alle minoritetsaktionærers vegne.

Jeg henviser til Værdipapirhandelsloven med kommentarer v/Jesper Lau Hansen, bind 2, side 491 ff, navnlig side 494, note 11, der mere rigoristisk udtrykker, at minoritetsaktionærer i målselskabet ikke er tiltænkt partsstatus.

...”

Advokat B har i klageskrivelse af 30. marts 2005 på vegne af K2 AS blandt andet anført:

” ...

Efter X-avis den 21. oktober 2004 bragte en reportage, hvor skibsreder E fra K2 – fejlagtigt og udenfor kontekst – blev citeret for, at D var under K1s og K2s fælles kontrol, blev det over for Fondsbørsen den 28. oktober 2004 præciseret ... at der ud over aktionæroverenskomsten hverken forelå mundtlige eller skriftlige aftaler mellem K2 og K1.

Trods orientering om sagens rette sammenhæng ... valgte C den 29. oktober 2004 ... at anmode Fondsbørsen om at indlede en undersøgelse på baggrund af X-aviss reportage. K2 modtog derefter Fondsbørsens anerkendelsesskrivelse af 22. november 2004 ... som ikke indeholdt yderligere bemærkninger til sagen eller kommentarer til Cs anmodning. Københavns Fondsbørs havde forinden modtaget kopi af aktionæroverenskomsten til fortrolig orientering.

Herefter hørte K2 ikke yderligere, førend Københavns Fondsbørs den 2. marts 2005... orienterede om, at Finanstilsynet den 18. februar 2005 på baggrund af en henvendelse fra C af 20. december 2004, havde tillagt C partsstatus.

K2 reagerede med forbavselse og bad den 14. marts 2005 Fondsbørsen om aktindsigt i sagen ... Ved skrivelse af 17. marts 2005 ... anerkendte Fondsbørsen K2s partsstatus og oplyste, at man samtidig havde anmodet C om rederiets stillingtagen til anmodningen om aktindsigt.

Cs partsstatus

...

K2 gør gældende, at C ikke skal tillægges partsstatus efter ovennævnte bestemmelse. C er ikke "erhverver" (§ 31, stk. 1, og § 32, stk. 1 og 2), og der er ikke tale om "særlige tilfælde".

Hvorvidt der er grundlag for et pålæg om pligtmæssigt tilbud til D's øvrige aktionærer er et spørgsmål mellem på den ene side Fondsbørsen og de kompetente myndigheder og på den anden side K2 og K1 – ikke mellem C og de to andre store aktionærer. C er ikke part i den sag, hverken efter almindelige forvaltningsretlige principper eller efter de for sagen afgørende bestemmelser i værdipapirhandelslovens § 31. En udvidende fortolkning baseret på en modsætningslutning fra, hvad der i andre sammenhænge gælder for finansielle virksomheder, vil være uforenelig med § 84b, stk. 2, nr. 7's ordlyd og med forarbejderne og bestemmelsens formål.

Det er ikke ualmindeligt, at børsnoterede selskaber har flere større aktionærer. Det gør ikke de store aktionærer til særlige tilfælde i forhold til andre sager om tilbudspligt. Og Cs forhold ændrer ikke herpå. Cs mislykkede forsøg i sommeren 2002 på at overtage D berettiger ikke C til nogen særstatus i forhold til selskabets øvrige og mindre aktionærer.

Tværtimod kan det frygtes, at partsstatus og aktindsigt vil kunne misbruges i fortsatte bestræbelser på en overtagelse.

C har i Årsrapport 2004 over for markedet oplyst følgende, side 22:

”Cs gevinst ved et evt. salg af aktieposten i D vil være skattefri efter tre års ejerskab, d.v.s. i august 2005, hvilket dog ikke er ensbetydende med, at C har besluttet at afhænde aktierne efter denne dato.”

Denne tilkendegivelse lægger ikke op til en afhændelse af Cs aktiepost i D, i hvert fald ikke før avancen bliver skattefri i efteråret 2005. At C nu skulle ønske at afhænde sine interesser i D, som man tidligere har gjort alt for at overtage, stemmer ikke med tidligere tilkendegivelser og handlemåde.

Også en naturlig forståelse af den snævre undtagelse i § 84 b, stk. 2, nr. 7 om særlige tilfælde fører til, at C bør nægtes partsstatus.

Det fremgår af forarbejderne, at formålet med lovændringen generelt var at afbøde visse uhensigtsmæssigheder, herunder at visse personer ”i særlige tilfælde ikke vil kunne få indsigt i den afgørelse, der retter sig imod vedkommende”, jfr. bemærkningerne til § 425, nr. 41, i L 176, forslag til lov om finansiel virksomhed af 12. marts 2003. Det anføres således, at bestemmelsen (nr. 7) kan anvendes til at ”tillægge specielt målselskabet partsstatus”, idet der – af særlig interesse i den foreliggende sag – tilføjes følgende præcisering:

”Derimod er det ikke tiltænkt, at minoritetsaktionærer generelt skal tillægges partsstatus, jf. det generelle snævre partsbegreb i den finansielle lovgivning som helhed.”

Skulle det overhovedet være relevant at give andre aktionærer partsstatus, kunne det være i sager om dispensationer efter § 31, stk. 2, i værdipapirhandelsloven, og ikke ”i ”almindelige” sager om tilbudspligt”, som anført i forarbejderne.

Det gøres i øvrigt gældende, at avisartiklen om K2s aktiekøb og løsrevne citater ikke kan begrunde partsstatus for C. Det er ikke i sig selv nok, at der opstår formodninger eller mistanke om tilbudspligt. Det vil der typisk foreligge i alle sager, som medaktionærer rejser over for Fondsbørsen. Hvorfor ellers tage sagen op? Mistanke kan ikke i sig selv begrunde partsstatus til udenforstående. Det er ikke en adækvat reaktion på avisartikler at give klageren partsstatus i en sag om eventuel tilbudspligt.

Cs formodning om retsstridige forhold er i øvrigt baseret alene på løsrevne citater, som direkte er imødegået over for C, bl.a. med citat fra aktionæroverenskomsten, ... hvilket synes at have været tilfredsstillende for Fondsbørsen ...

Disse forhold kunne i øvrigt nok have været afklaret ved høring af K1 og K2 i forbindelse med Finanstilsynets afgørelse.

Konsekvensen af Finanstilsynets afgørelse er i øvrigt en væsentlig udvanding af den helt undtagelsesvise adgang til i særlige tilfælde at tillægge andre end potentielle tilbudsgivere partsstatus. I så fald vil det blive hovedreglen, at alle aktionærer med ”store aktieposter” (hvad det så end betyder) nu har krav på partsstatus i helt sædvanlige sager om tilbudspligt.

Hertil kommer, at Finanstilsynets antagelse af, at den børsretlige lighedsgrundsætning fortolket i lyset af den selskabsretlige kan legitimere forskelsbehandling af store og små minoriteter er i modstrid med formålene bag reglerne om tilbudspligt, der ud fra en lighedsbetragtning netop tilsigter at give andel i en eventuel overkurs til den minoritet, som ikke kan påvirke selskabets styring. Sådanne minoriteter må derfor antages med held at kunne anfægte forskelsbehandlingen – også selv om Finanstilsynet kun tager stilling ”i forhold til det konkrete spørgsmål om partsbeføjelser”.

Også for at undgå sådanne uklare og i øvrigt uhensigtsmæssige afgrænsninger er tilsynet med tilbudspligten lagt hos Fondsbørsen. Dette tilsyn udføres i praksis med betydelig smidighed og er karakteriseret af en høj grad af samarbejde mellem Fondsbørsen og de involverede virksomheder, som ofte i en tidlig fase konsulterer Fondsbørsen om forhold, der ligger ud over den egentlige oplysningspligt, hvilket er til gavn for børsmarkedet. Hvorledes en adgang til aktindsigt for udenforstående vil påvirke dette samarbejde - også selv om Finanstilsynets afgørelse kun er rettet til minoritetsaktionærer med ”store aktieposter” - kan der kun gisnes om.

Begrænset aktindsigt

Hvis C – mod det anførte – tillægges partsstatus, bør CS aktindsigt alene omfatte de dele af aktionæroverenskomsten, der vedrører vurderingen af, om værdipapirhandelslovens § 31, nr. 4, er opfyldt.

Alle øvrige bestemmelser i overenskomsten, som efter Fondsbørsens afgørelse - efter forudgående høring af K2 og K1 - ikke vedrører spørgsmålet om at ”råde over flertallet af stemmerettighederne” i D, må – også for at undgå risiko for misbrug – hemmeligholdes for C (og andre aktionærer).

...”

Finanstilsynet har i ovennævnte skrivelse af 29. april 2005 blandt andet udtalt:

”...

Bestemmelsen § 84 b, stk. 2, nr. 7 i lov om værdipapirhandel m.v. er indsat i værdipapirhandelsloven ved ændringslov til

værdipapirhandelsloven nr. 250 af 27. april 1999.

I den oprindelige udgave fra 1999 havde den nuværende § 84 b, stk. 2, nr. 7, (daværende § 84 b, stk. 2, nr. 9) følgende ordlyd:

"Den, der ansøger Fondsrådet om fritagelse for pligten til efter § 31, stk. 1, at give alle selskabets aktionærer mulighed for at afhænde deres aktier på identiske betingelser, jf. § 31, stk. 2, samt øvrige, som Fondsrådet anser for part i sagen."

I forbindelse med en lovændring i 2003 (jf. lov nr. 453 af 10. juni 2003) af lov om finansiel virksomhed blev denne ordlyd ændret til den nuværende:

"7) En erhverver som nævnt i § 31, stk. 1, og § 32, stk. 1 og 2, samt øvrige, som Fondsrådet i særlige tilfælde anser for part i sagen."

Ændringen blev i bemærkningerne til lovforslaget kommenteret således:

"I nr. 9, der bliver nr. 7, udvides partsbegrebet, således at en erhverver som nævnt i §§ 31 og 32 nu automatisk vil blive betragtet som part i sager om overtagelsestilbud generelt og ikke, som efter de gældende regler, kun i de sager, hvor erhververen ansøger om dispensation fra reglerne om tilbudspligt. Det bemærkes, at dette gælder i relation til såvel frivillige som pligtmæssige tilbud. I henhold til den gældende bestemmelse har Fondsrådet mulighed for at anse øvrige som parter – men alene i sager vedrørende ansøgninger om dispensation fra reglerne om tilbudspligt. Den foreslåede formulering giver Fondsrådet mulighed for at tillægge specielt målselskabet partsstatus også i »almindelige« sager om tilbudspligt, dvs. også i sager, hvor Fondsrådet træffer afgørelse om, hvorvidt der foreligger tilbudspligt. Derimod er det ikke tiltænkt, at minoritetsaktionærer generelt skal tillægges partsstatus, jf. det generelle snævre partsbegreb i den finansielle lovgivning som helhed."

3. Finanstilsynets vurdering

...

Finanstilsynet skal ... bemærke, at tilsynet ved sin afgørelse af 18. februar 2005 alene har taget stilling til spørgsmålet om partsstatus – ikke til omfanget af en eventuel aktindsigt på C.

Som det fremgår af nedenstående indebærer partsstatus andet end adgang til aktindsigt, herunder retten til at påklage en truffen afgørelse.

Selve adgangen til aktindsigt kan derimod begrænses i medfør af forvaltningslovens § 15.

I det følgende vil først Finanstilsynets vurdering af spørgsmålet om

partsstatus blive gennemgået og derpå vil den eventuelle begrænsning af omfanget af en partsaktindsigt blive berørt:

Efter tilsynets opfattelse må begrebet "mindretelsaktionærer" i denne sammenhæng defineres i forhold til begrebet i værdipapirhandelslovens § 31.

...

Bestemmelsen værdipapirhandelslovens § 31, der inden Børsreform II fremgik af § 7 i de børsetiske regler på Københavns Fondsbørs, blev indsat ved lov nr. 1072 af 20. december 1995. Bestemmelsen er ændret ved lov nr. 250 af 27. april 1999 for så vidt angår stk. 1, idet der er indsat et femte selvstændigt kriterium for, hvornår der skal fremsættes pligtmæssigt tilbud. Følgende fremgår af lovbemærkningerne til bestemmelsen (jf. L 71 af 9. november 1995):

"Der skabes ofte markant ændrede vilkår og udsigter i et selskab, hvor overdragelsen af aktierne medfører ændringer i indflydelsen på selskabet. Aktionærerne har også i denne situation krav på ligelig behandling. Derfor skal minoritetsaktionærerne også sikres mulighed for at kunne afhænde deres aktier "på identiske betingelser", jf. § 31, stk. 1. Som udgangspunkt betyder dette, at de øvrige aktionærer skal tilbydes en pris, der svarer til den pris, som erhververen selv har betalt for aktieposten".

De øvrige aktionærer i en overtagelsessituation betegnes således "minoritetsaktionærer". Dette må forstås i forhold til erhververen af den bestemmende indflydelse i det pågældende selskab.

Finanstilsynet fandt således, at også såkaldte storaktionærer i forbindelse med et overtagelsestilbud ville være omfattet af begrebet "minoritetsaktionærer" eller "mindretelsaktionærer".

Af samme grund fandt tilsynet, at bemærkningerne til værdipapirhandelslovens § 84 b, stk. 2, nr. 7, måtte forstås således, at de øvrige aktionærer - "minoritetsaktionærerne" - i en overtagelsessituation som udgangspunkt ikke burde tillægges partsstatus.

Imidlertid er der i bemærkningerne åbnet mulighed for, at minoritetsaktionærer i særlige tilfælde kan tillægges partsstatus med ordlyden "Derimod er det ikke tiltænkt, at minoritetsaktionærer generelt skal tillægges partsstatus" (tilsynets udhævning).

Det forhold, at man er aktionær i et selskab, hvor der eventuelt erhverves bestemmende indflydelse, er således ikke i sig selv et kriterium, der kan begrunde partsstatus i medfør af § 84 b, stk. 2, nr. 7.

Spørgsmålet var herefter hvilke tilfælde, der i den forbindelse kan anses for særlige.

Finanstilsynet vurderede, at særlige tilfælde enten måtte relatere sig til

forhold hos den eller de potentielle tilbudsgivere eller til forhold hos minoritetsaktionærer.

C har i forbindelse med sin henvendelse til Københavns Fondsbørs henvist til diverse udtalelser i medierne, som foranledigede C til at mene, at K2 AS og A/S K1 havde opført sig på en måde, der var egnet til at give mistanke om, at de burde have fremsat et pligtmæssigt tilbud i henhold til værdipapirhandelslovens § 31.

Tilsynet har i sin vurdering af sagen bemærket, at der i den pågældende sag var vakt en mistanke hos C via de pågældende medieudtalelser.

Der vil imidlertid, ..., typisk foreligge formodninger eller mistanke om tilsidesat tilbudspligt i de sager, som medaktionærer rejser over for Fondsbørsen.

Det væsentlige for tilsynets afgørelse er således også, at der kan være andre forhold, der kan begrunde partsstatus i en sag, hvor en sådan mistanke er vakt.

For så vidt angår forhold hos minoritetsaktionærer vil det efter Finanstilsynets opfattelse således være rimeligt at sondre mellem forskellige aktionærer alt efter formålet med deres ejerskab. De fleste aktionærer køber mindre aktieposter med det formål at forrente deres kapital men uden at have en forventning om at kunne udøve andet end en begrænset indflydelse på driften af selskabet på generalforsamlingen. Enkelte aktionærer køber store aktieposter med en klar forventning om at kunne få stor indflydelse på driften af selskabet. Disse aktionærer kan siges at lide et særligt tab ved at andre aktionærer erhverver en bestemmende indflydelse over selskabet, idet de mister muligheden for at øve indflydelse, ligesom deres aktiepost grundet størrelsen normalt vil være sværere at afhænde end en mindre aktiepost.

Dette synspunkt strider efter tilsynets opfattelse ikke mod det almindelige børsretlige ligebehandlingsprincip. Det er Finanstilsynets opfattelse, at dette princip må forstås i overensstemmelse med den selskabsretlige lighedsgrundsætning. Den selskabsretlige lighedsgrundsætning kræver ligelig behandling af alle aktionærer, der selskabsretligt befinder sig i samme situation. Det er Finanstilsynets opfattelse, at aktionærer, der mister mulighed for at udøve betydelig indflydelse i forbindelse med en erhvervelse, befinder sig i en anden situation end aktionærer, der aldrig har haft mulighed for at udøve reel indflydelse, i hvert fald i forhold til det konkrete spørgsmål om partsbeføjelser.

Endvidere fandt tilsynet, at der ved fortolkningen af § 84 b, stk. 2, nr. 7, måtte lægges vægt på, at formålet med § 31 er at regulere forholdet mellem potentielle tilbudsgivere og aktionærer i visse selskaber. Bestemmelsen retter sig ikke som sådan mod finansielle virksomheder. Derved adskiller bestemmelsen sig fra den del af den finansielle lovgivning, som det særlige partsbegreb normalt relaterer sig til. Dette forhold taler for at tolke § 84 b, stk. 2, nr. 7, i overensstemmelse med det

almindelige forvaltningsretlige partsbegreb i det omfang bestemmelsen og bemærkningerne hertil tillader det.

I den konkrete sag fandt tilsynet, at størrelsen af Cs aktiepost gav C en sådan væsentlig og individuel interesse i afgørelsen af den konkrete sag, at der forelå et særligt tilfælde i relation til § 84 b, stk. 2, nr. 7.

Tilsynet fandt på den baggrund, at C burde anses som part i den konkrete sag.

KF [Københavns Fondsbørs] havde som tidligere nævnt i sin henvendelse til Finanstilsynet påpeget, at der ved vurderingen burde ske en afvejning af Cs interesse i at kunne benytte kendskab til sagens dokumenter og hensynet til beskyttelsen af fortrolige oplysninger, hvorfor der burde indlægges et væsentlighedskriterium i skønnet.

KF påpegede videre vigtigheden i, at erhververe kan sende aftaler o.l. til KF uden at risikere, at målselskabets aktionærer får adgang hertil.

Finanstilsynet fandt ikke, at hensynet til beskyttelse af fortrolige oplysninger var relevant i forhold til bedømmelse af, om en person skulle anses som part i en sag. Det skal i den forbindelse som ovenfor nævnt bemærkes, at status som part er forbundet med andre særlige rettigheder end retten til partsaktindsigt, for eksempel retten til at klage over en truffen afgørelse.

Tilsynet fandt, at omfanget af aktindsigten skulle vurderes under iagttagelse af forvaltningslovens § 15, der angiver en række begrænsninger i en parts ret til aktindsigt.

...

I "Vejledning om forvaltningsloven" pkt. 86 er denne bestemmelse uddybet.

Finanstilsynet fandt derfor ikke, at hensynet til beskyttelse af fortrolige oplysninger fra erhververen var væsentligt for en vurdering af, om der skulle tillægges partsstatus i sagen.

... ”

Advokat A har ved skrivelse af 9. juni 2005 supplerende anført:

” ...

Finanstilsynet anfører i sin redegørelse, at det i sin fortolkning af bemærkningerne til forslaget til værdipapirhandelslovens § 84 b, stk. 2., nr. 7 har sondret imellem to typer aktionærer i et børsnoteret selskab:

Dels aktionærer som alene køber aktier som en passiv investering og dels aktionærer, som køber aktier i et sådant omfang, at de forventer at kunne få stor indflydelse på driften af det børsnoterede selskab. Finanstilsynet vurderer, at den sidste type aktionærer i modsætning til den første kan have en så væsentlig og individuel interesse i en afgørelse efter værdipapirhandelslovens § 31, at de kan tillægges partsstatus efter § 84 b, stk. 2., nr. 7.

Ud fra en økonomisk og strategisk betragtning er det uden videre klart, at jo større en aktiepost en aktionær besidder i et børsnoteret selskab, desto større absolut interesse har vedkommende også i forhold til en afgørelse efter § 31. Dette kan imidlertid ikke være afgørende for spørgsmålet om partsstatus i forhold til værdipapirhandelslovens § 84 b, stk. 2., nr. 7. For bedømmelsen efter § 84 b, stk. 2, nr. 7 må udgangspunkt tages i aktionærernes snarere end selskabets forhold. Fra aktionærernes udgangspunkt er spørgsmålet om væsentlig interesse - i hvert fald i økonomisk henseende men i visse tilfælde muligt også i strategisk henseende - ikke nødvendigvis afhængig af investeringens/ejerandelens absolutte størrelse, men af den pågældende aktionærs økonomiske formåen eller særlige interesse, som kan være knyttet til en mindre - eventuelt udslagsgivende - aktiepost.

Den af Finanstilsynet anvendte sondring er ikke velbegrundet, og har intet grundlag i værdipapirhandelsloven eller dennes forarbejder.

Ved afgørelse af partsstatus efter § 84 b, stk. 2., nr. 7 bør der alene kunne lægges vægt på, om vedkommende aktionær ud fra en juridisk betragtning har en særlig væsentlig og individuel interesse i afgørelsen. Til brug for denne vurdering må man se på, om vedkommende aktionær på andet grundlag har særlige rettigheder, herunder om vedkommende er beskyttet på særlig vis.

En aktionær i et dansk børsnoteret selskab er beskyttet i en række henseender, idet vedkommende har en række rettigheder, som blandt andet følger af værdipapirhandelsloven og aktieselskabsloven. Disse rettigheder gælder ligeligt for små såvel som for store aktionærer. Der sondres ikke imellem små og store aktionærer på anden vis, end at nogle rettigheder, eksempelvis stemmeret, er knyttet til besiddelsen af en aktie, således at besiddelse af flere aktier alt andet lige giver større, relativ indflydelse.

I visse tilfælde tillægger aktieselskabsloven enkeltaktionærer særlige rettigheder, til eksempel efter § 79, stk. 3 om forskydning af retsforhold mellem flere aktieklasser. Men ellers behandles aktionærerne ens som følge af den selskabsretlige lighedsgrundsætning. Kun hvor der findes et klart retsgrundlag for at tillægge enkeltaktionærer særlige rettigheder, kan en aktionær påberåbe sig sådanne, og værdipapirhandelslovens § 84 b, stk. 2., nr. 7 udgør ikke et sådant klart retsgrundlag.

Finanstilsynet anfører, at større aktionærer kan lide et særligt tab ved ikke at kunne få opfyldt deres forventning om, at kunne få stor indflydelse på det børsnoterede selskabs drift. En sådan forventning kan

imidlertid ud fra en retlig betragtning alene begrundes med antallet af stemmer, som vedkommende aktionærer kan afgive på selskabets generalforsamling. Bortset fra stemmeretsstyrken er der således ikke aktieretligt eller i øvrigt nogen særskilte rettigheder knyttet til en stor aktiepost, og ud fra en juridisk betragtning ses der ikke at være belæg for en påstand om et "særligt tab" for større aktionærer.

Det er vigtigt tillige at vurdere Finanstilsynets afgørelse i et fremadrettet perspektiv. I den konkrete sag er det forholdsvis enkelt at konstatere, at der er nogle få storaktionærer i D, som ud fra en absolut, økonomisk betragtning har en stor interesse i en afgørelse efter § 31 i værdipapirhandelsloven. I andre tilfælde vil aktiefordelingen vise sig at gøre det vanskeligt eller umuligt at drage en grænse mellem aktionærer, som med udgangspunkt i Finanstilsynets sondring skal tillægges partsstatus og aktionærer, som ikke kan opnå en sådan status. Sondringen forudsætter, at myndighederne tillægger en række subjektive forudsætninger, som er vanskelige at efterprøve, afgørende værdi for en afgørelse om en aktionærs partsstatus og deraf følgende rettigheder. Det gælder f. eks. de intentioner eller forventninger, hvormed en aktionær har erhvervet en større eller mindre aktiepost, herunder forventningen om den grad af indflydelse, vedkommende aktionær ville kunne opnå på selskabets drift.

Der er efter forarbejderne til værdipapirhandelslovens § 84 b intet holdepunkt for, at små aktionærer skal tillægges partsstatus i sager efter værdipapirhandelslovens § 31, og der er som nævnt heller intet grundlag for en forskelsbehandling af minoritetsaktionærer efter størrelse.

...”

Ved skrivelse af 9. juni 2005 har advokat B v/ advokat G supplerende bemærket:

”...

K2 AS erhvervede sin aktiepost fra H Ltd. (15%) og fra A/S K1 (5%) i oktober 2004. H havde på daværende tidspunkt et medlem i bestyrelsen. På generalforsamlingen i Dampskibsselskabet "D" A/S i april 2005 blev direktør I fra K2 på bestyrelsens anbefaling indvalgt i Ds bestyrelse, hvilket var naturligt, da Hs repræsentant samtidig udtrådte, K2 har betydelig erfaring inden for shipping, og D er K2s eneste shippinginvestering. Cs administrerende direktør J hilste da også selv K2 velkommen efter offentliggørelsen af købet og aktionæroverenskomsten ...

Efter at have fået indsigt i korrespondancen mellem Københavns Fondsbørs og C har K2 med tilfredshed konstateret, at Københavns Fondsbørs over for Fondsrådet ved skrivelse af 30. december 2004 ... har tilkendegivet, at der efter Fondsbørsens vurdering ikke foreligger

tilbudspligt for K2 og K1 i overensstemmelse med K2s forståelse efter modtagelsen af Fondsbørsens skrivelse af 22. november 2004 ...

Finanstilsynet synes enig i, at Cs henvendelse med udokumenterede og fejlagtige oplysninger om K2s adfærd ikke giver C partsstatus. Ud over de løsrævne og fejlagtige citater om indflydelsen i D forsøger C ... yderligere at beklukke K2 med henvisning til en fondsbørsmeddelelse i 2003 om K2s køb af C-aktier fra L Ltd. Efter K2 havde indgået aftalen, gjorde L gældende, at aftalen ikke var bindende, fordi den ikke var godkendt af bestyrelsen. Det var Rasmussen-gruppen ikke enig i, men valgte ikke at forfølge sin ret yderligere, efter at Københavns Byret havde afslået at udstede fagedforbud ...:

"I lyset af den forringede mulighed for at opnå naturalopfyldelse af aftalen med L Ltd., der er konsekvensen af Københavns Fogedrets kendelse, samt under stærkt hensyn til C's interesse i som børsnoteret selskab ikke at have en sådan tvist verserende, har K2 AS besluttet ikke at forfølge sagen yderligere."

Ikke at opnå et fagedforbud er selvsagt noget andet, end at det retligt skulle være fastslået, at der ikke var indgået en bindende aftale. Sagen har i øvrigt intet med nærværende sag at gøre.

Finanstilsynet synes også at være enig i, at minoritetsaktionærer som udgangspunkt ikke har partsstatus i sager om tilbudspligt efter værdipapirhandelslovens § 31. Finanstilsynet er endvidere enig i, at begrebet "minoritetsaktionær" i værdipapirhandelsloven må forstås som alle andre aktionærer, herunder C, end den/de, der har bestemmende indflydelse som defineret i bestemmelsen. Finanstilsynet synes yderligere at være enig i, at det generelt er for vidtgående at fortolke værdipapirhandelslovens § 84b, stk. 2, nr. 7, i overensstemmelse med det almindelige partsbegreb.

Alligevel behandler Finanstilsynet C anderledes end de øvrige minoritetsaktionærer i denne sag. Det er der intet grundlag for. Selve aktiebesiddelsens størrelse kan ikke - ud over hvor selskabslovene eller den børsretlige regulering indeholder særlig hjemmel - begrunde en fravigelse af det almindelige børsretlige eller selskabsretlige lighedsprincip, som for minoritetsaktionærer kommer særligt til udtryk netop i værdipapirhandelslovens § 31.

C har investeret i D uden sikkerhed for at få indflydelse på driften af D. K2s erhvervelse i oktober 2004 har ikke haft den følge, at C har mistet muligheden for at udøve betydelig indflydelse på D, hvilket udtrykkelig erkendes af Cs egen advokat, M, i hans skrivelse af 20. december 2004 til Københavns Fondsbørs ...:

"Min klients væsentlige individuelle interesse både i en afgørelse og dens begrundelse er åbenbar som følge af, at A/S C er største aktionær i D med en aktiepost på 31,6% af den noterede kapital (før fradrag af Ds beholdning af egne aktier) med en samlet værdi på over kr. 2 mia., at Ds bestyrelse og direktion tidligere har

afvist et integreret samarbejde med A/S C, og at navnlig K2 as' udtalelser til offentligheden dokumenterer, at A/S C holdes uden for indflydelse i D."

Cs status og indflydelse har således ikke - hverken retligt eller faktisk - ændret sig i forbindelse med K2s køb af aktieposterne i D, og Finanstilsynets bevæggrunde for at tillægge C en ganske særlig status blandt minoritetsaktionærerne er derfor uden hold i det faktisk passerede.

Det bemærkes for god ordens skyld, at K2 alene modsætter sig Cs partsstatus for at beskytte sig mod, at fortrolige forretningsoplysninger falder i uvedkommendes hænder, og er ikke dikteret af et ønske om at holde C uden for indflydelse. At K2 ikke har nogen interesse i, at C får indflydelse på Ds drift, skyldes alene, at C er en direkte konkurrent til D.

Om lovgrundlaget for at tillægge C partsstatus bemærkes, at ved lovændringen i 2003 blev erhververe tillagt partsstatus også i sager om tilbudspligt (ud over i dispensationssager), medens øvrige efter ændringen kun kunne tillægges partsstatus efter en skærpet vurdering. Det blev præciseret ved indsættelsen af ordene "særlige tilfælde". Det udelukker anvendelsen af det almindelige partsbegreb, og bemærkningerne til bestemmelsen i § 84b, stk. 2, nr. 7, understreger dette ved specifikt at henvise til et snævert partsbegreb:

...

Det følger i øvrigt af det almindelige forvaltningsretlige partsbegreb, at personer og virksomheder, der som C alene har en afledt interesse i en forvaltningsafgørelse, kun har partsstatus, hvis de har en så væsentlig og individuel interesse, at den pågældende må antages at have et reelt behov for at blive tillagt partsstatus. Det er ikke tilfældet for C.

Det er næppe rigtigt, at beskyttelsen af fortrolige oplysninger ikke er relevant ved bedømmelsen af, om C skal anses som part. Aktindsigten for parter er mere vidtgående end for andre, og det særlige, snævre partsbegreb skal netop beskytte tilsynsunderlagte virksomheder mod en vidtgående partsindsigt i fortrolige oplysninger.

...

Jeg har noteret, at Finanstilsynet ikke har redegjort for, hvorfor K2 ikke blev hørt under sagen om Cs partsstatus. På dette grundlag gør jeg – men kun subsidiært – gældende, at Finanstilsynets afgørelse af denne årsag er ugyldig.

..."

Finanstilsynet har ved skrivelse af 9. august 2005 yderligere udtalt:

..."

G fremsætter i sit indlæg en subsidiær påstand om, at Finanstilsynets afgørelse af 18. februar 2005 er ugyldig som følge af, at Finanstilsynet ikke i forbindelse med afgørelsen om partsstatus til A/S C (herefter "C") har partshørt K2.

Der er ikke tvivl om, at K2 er part i sagen om en eventuel tilbudspligt. Dette følger direkte af værdipapirhandelslovens § 84 b, stk. 2, nr. 7. Dette indebærer imidlertid ikke, at K2 er part i sagen om partsstatus til C.

Det skal i den forbindelse bemærkes, at der har været 2 sager under behandling i dette forløb. Dels er der sagen om en eventuel tilbudspligt for K2 og K1 i medfør af værdipapirhandelslovens § 31. Behandlingen af denne sag hører under Københavns Fondsbørs i kraft af en delegeret kompetence fra Finanstilsynet, jf. delegationsbekendtgørelsens § 1, stk. 2, nr. 3 (jf. bekendtgørelse nr. 608 af 20. juni 2005, tidligere § 1, stk. 1, nr. 3 i bekendtgørelse nr. 587 af 9. juli 2002). Dels er der sagen om partsstatus i medfør af værdipapirhandelslovens § 84 b, stk. 2, nr. 7.

Finanstilsynet har i sit brev af 18. februar 2005 til Fondsbørsen redegjort for kompetencen til konkret at tillægge en part partsstatus i medfør af værdipapirhandelslovens § 84 b, stk. 2, nr. 7

...

Der er således en kompetencemæssig opdeling, idet sagen om en eventuel tilbudspligt hører under Fondsbørsens kompetence, hvorimod spørgsmål vedrørende partsstatus i medfør af § 84 b, stk. 2, nr. 7, ikke er delegeret til Fondsbørsen, men hører under Finanstilsynets kompetence, jf. tilsynets brev af 18. februar 2005 til Københavns Fondsbørs.

Sagen om partsstatus relaterer sig til sagen om en eventuel tilbudspligt, men der er således både indholdsmæssigt og kompetencemæssigt tale om 2 separate sager.

Det er alene sagen om partsstatus, der er forelagt Erhvervsankenævnet, og det er derfor også alene denne sag, spørgsmålet om partshøring af K2 vedrører.

Partsbegrebet i forhold til Finanstilsynet er defineret i værdipapirhandelslovens § 84 b. Der er således tale om en indskrænkning af det sædvanlige partsbegreb i forvaltningsretten.

Der er i § 84 b ikke hjemmel til i sager om partsstatus at meddele andre end afgørelsens adressat partsstatus.

Idet Finanstilsynet således ikke finder, at der er hjemmel til at meddele K2 eller K1 partsstatus i sagen om partsstatus til C, hvorfor disse ikke kan anses for parter i sagen, finder tilsynet heller ikke, at hverken K2 eller K1 skulle have været partshørt i sagen forud for afgørelsen.

...”

Heroverfor har advokat B v/ advokat G ved skrivelse af 14. september 2005 bemærket:

”... jeg [er] ikke ... enig i, at K2 ikke skal anses som part i forbindelse med afgørelsen af, hvorvidt C skal tillægges partstatus i sagen om eventuel tilbudspligt efter værdipapirhandelslovens § 31.

Jeg er således ikke enig med Finanstilsynet i, at der er tale om to separate sager. Der er derimod tale om forskellige spørgsmål vedrørende den samme sag, hvilket tillige afspejles i formuleringen af § 84b, stk. 2, i værdipapirhandelsloven. At kompetencen til at træffe beslutninger er henlagt forskellige steder, er ikke afgørende i denne sammenhæng.

...”

Ankenævnet udtaler:

Indledningsvis bemærkes, at Erhvervsankenævnet ikke finder grundlag for at statuere, at den påklagede afgørelse er ugyldig.

Af bemærkningerne til værdipapirhandelslovens § 84 b, stk. 2, nr. 7 fremgår, at minoritetsaktionærer ikke generelt er tiltænkt partsstatus, men at det omvendt ikke er udelukket i særlige tilfælde at tillægge minoritetsaktionærer partsstatus. Der er ikke i bemærkningerne yderligere bidrag til fastlæggelse af disse tilfælde.

Under hensyn til formålet med værdipapirhandelslovens § 31 og efter det foreliggende om størrelsen af Cs aktiepost i D og presseomtaler i efteråret 2004 i forbindelse med handel med aktier i D, tiltræder ankenævnet, at C har en sådan særegen, væsentlig og individuel interesse i afgørelsen af den konkrete sag, at der foreligger et særligt tilfælde i relation til værdipapirhandelslovens § 84 b, stk. 2, nr. 7.

Erhvervsankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse.

9) Kendelse af 24. august 2006 (J.nr. 2005-0002576).

Autoriseret markedsplads alene berettiget til over for medlemmer at opkræve kurtage i forbindelse med handel med aktier i selskaber optaget til handel på markedspladsen.

Værdipapirhandelslovens § 33, stk. 1 og stk. 4 og bekendtgørelse nr. 414 af 21. maj 2001 om indberetning af handler med værdipapirer, der er noteret på en fondsbørs m.v., (indberetningsbekendtgørelsen).

(Cato Baldvinsson, Suzanne Helsteen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 23. maj 2005, og uddybet ved skrivelse af 1. juli 2005, har advokat A på vegne af K A/S klaget over Finanstilsynets afgørelse af 26. april 2005, hvorved tilsynet pålagde selskabet at ændre handelssystemet på markedspladsen på en sådan måde, at ikke-medlemmer har mulighed for indberette handler foretaget uden for handelssystemet direkte til K A/S, og samtidig tilkendegav, at K A/S alene over for medlemmer kan opkræve kurtage i forbindelse med handel med aktier i et selskab, der er optaget til handel på markedspladsen.

Sagens omstændigheder:

I en af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse for sagens faktiske omstændigheder har Finanstilsynet den 14. september 2005 udtalt:

” ...

Sagsfremstilling

K [K A/S] anmodede ved brev af 22. juli 2004 Fondsrådet om at undersøge, hvorvidt reglen i § 33, stk. 1, lovbekendtgørelse nr. 171 af 17. marts 2005 om værdipapirhandel m.v. (værdipapirhandelsloven) vedrørende indberetning af handler, var blevet overtrådt i forbindelse med handel med aktier i B A/S (B), ...

K var blevet bekendt med, at Investeringsforeningen C, afdeling X, i løbet af 1. halvår 2004 havde erhvervet en post aktier i B til en samlet kursværdi pr. 30. juni 2004 på DKK 46.062.900, uden at handlerne var blevet indberettet.

Fondsrådets sekretariat, Finanstilsynet, blev samme dag telefonisk kontaktet af C Bank A/S, der orienterede om, at banken havde formidlet salget af aktierne, og at banken ikke havde overholdt sin

indberetningspligt, idet banken ikke havde været opmærksom på, at B var optaget til handel på K. Ved brev af samme dag bekræftede C Bank A/S oplysningerne skriftligt og præciserede, at der var tale om to handler. Den første handel var indgået den 3. februar 2004 og omhandlede 170.000 stk. aktier til kurs 240, svarende til en værdi på i alt 40.800.000 kr., mens den anden handel var indgået den 20. februar 2004 og omhandlede 143.400 stk. aktier til kurs 240, svarende til en værdi på i alt 34.416.000 kr., ...

Af den skriftlige bekræftelse fremgik ikke, hvorvidt handlerne efterfølgende var blevet indberettet, hvorfor Finanstilsynet telefonisk henledte bankens opmærksomhed på, at handlerne skulle indberettes i henhold til § 33, stk. 1, i værdipapirhandelsloven.

Efterfølgende modtog Fondsrådet kopi af den brevveksling, der var mellem C Bank A/S og K, ligesom Finanstilsynet mundtligt blev orienteret om selskabernes drøftelser. ... Af den skriftlige orientering fremgik, at C Bank A/S ikke var indstillet på at betale en omsætningsafgift. I forbindelse med både den skriftlige og mundtlige orientering gav Finanstilsynet over for begge parter udtryk for, at man ikke havde opfattet denne orientering som en egentlig klage over Ks handlemåde.

På baggrund af ovennævnte orientering kunne Fondsrådet konstatere, at handlerne ikke var indberettet til K, hvorfor Fondsrådet ved brev af 4. august 2004 gav C Bank A/S et skriftligt pålæg om straks at indberette handlerne i B til K, ...

C Bank A/S oplyste ved brev af 16. august 2004 over for K og med kopi til Fondsrådet, hvilke handler der var foretaget, og at banken havde indbetalt kurtage til K. Banken forbeholdt sig dog ret til at klage til Fondsrådet over Ks regelsæt, som banken fandt ikke var i overensstemmelse med indberetningsbekendtgørelsen, ...

Ovennævnte omstændigheder gav Fondsrådet anledning til at undersøge Ks handelssystem nærmere, hvorfor K ved brev af 9. august 2004 blev anmodet om at indsende en redegørelse for, hvorledes handelssystemet fungerede i praksis, herunder hvorledes børspligten blev håndhævet, ...

K svarede ved brev af 10. august 2004, hvori markedspladsen blandt andet angav, at handelssystemet var udformet på en sådan måde, at al handel skete via www.....dk, hvilket medførte, at alle bud og udbud blev lagt ud via handelsfunktionen på hjemmesiden. K oplyste desuden, at det ikke var muligt at indberette en handel i deres handelssystem, og at gennemførte handler uden om systemet efterfølgende måtte gennemføres som en handel for at opfylde indberetningspligten. En sådan handel ville skulle gennemføres via et medlem af markedspladsen, ...

C Bank A/S anmodede ved brev af 7. september 2004 Fondsrådet om at tage stilling til, hvorvidt K var berettiget til at beregne en kurtage af omsætningen og ikke et gebyr som nævnt i § 14 i

indberetningsbekendtgørelsen i forbindelse med indberetning af handler, ...

På baggrund af den modtagne klage blev K anmodet om at komme med eventuelle kommentarer eller oplysninger til sagen ved brev af 15. september 2004, ...

K afgav sine kommentarer ved brev af 16. september 2004. Heri fremhævede markedspladsen blandt andet, at handelspligten var et tiltag, som skulle være medvirkende til at skabe den nødvendige likviditet i aktierne på markedet, og at handelssystemet derfor var tilrettelagt på den måde, at det slet ikke var muligt at indberette en handel til markedspladsen, da indberetning udelukkende kunne ske ved indlæggelse af bud eller udbud i den enkelte aktie, ...

Fondbestyrelsen anmodede ved brev af 14. oktober 2004 K om at redegøre for, hvem der i det pågældende tilfælde havde tilsidesat sine forpligtelser, så det blev muligt at handle uden for systemet. Dernæst blev K anmodet om at redegøre for, hvorledes K havde sikret sig, at henholdsvis udstedere, investorer samt værdipapirhandlere var juridisk bundet af handelspligten, ...

K besvarede denne anmodning ved brev af 18. oktober 2004. K angav i brevet, at den af K fastsatte handelspligt havde sit udgangspunkt i værdipapirhandelslovens § 33, stk. 1, og at handelspligten overordnet set var at ligestille med værdipapirhandelslovens indberetningspligt. Dernæst oplyste K, at udstederne ved optagelse af selskabets aktier til handel på K accepterede, at al handel med værdipapirerne alene kan finde sted via markedspladsen, og at værdipapirhandlerne er omfattet af pligten i værdipapirhandelslovens § 33, stk. 1, til at indberette handel med de optagne aktier, ...

Den 26. oktober 2004 blev der afholdt et møde i Finanstilsynet med repræsentanter fra K, hvor tilsynet benyttede lejligheden til at spørge nærmere ind til en række problemstillinger.

På mødet blev K blandt andet anmodet om nærmere at redegøre for, hvorledes K havde forsøgt at opretholde handelspligten på markedspladsen over for de forskellige parter. K forklarede, at udstederne blev bundet af tilslutningsaftalen, der blev indgået mellem udsteder og markedspladsen ved optagelsen af værdipapiret til handel på markedet. Dernæst forklarede K, at de værdipapirhandlere, der var medlem af markedspladsen, blev bundet af medlemsaftalen til kun at foretage handler over markedspladsen. De resterende værdipapirhandlere, der ikke var medlemmer af markedspladsen, var forpligtet via værdipapirhandelslovens § 33, stk. 1, til at indberette til markedet.

Derudover blev det diskuteret, hvorvidt K havde overvejet at binde parterne/ikke-medlemmer på anden vis f.eks. gennem privatretlige aftaler. Hertil svarede K, at de ikke gjorde brug af sådanne aftaler og erkendte på samme tidspunkt, at det ikke kunne lade sig gøre at forpligte

ikke-medlemmer af markedspladsen til at handle over markedet, da der ikke fandtes nogen bestemmelser i værdipapirhandelsloven, der vedrørte eller omtalte handelspligt på autoriserede markedspladser.
...”

I den påklagede afgørelse af 26. april 2005 fra Finanstilsynet hedder det:

” ...

Finanstilsynet har forelagt sagen for Fondsrådet og skal på den baggrund udtale følgende:

Af ovennævnte korrespondance med K fremgår det, at det i øjeblikket ikke er muligt for ikke-medlemmer at indberette handler foretaget uden for handelssystemet, da handelssystemet er opbygget på en sådan måde, at indberetningen falder sammen med selve handlen. Ikke-medlemmers handel skal således ske ved, at handelen gennemføres via et medlem.

Det fremgår af § 33, stk. 1, i lovbekendtgørelse nr. 171 af 17. marts 2005 om værdipapirhandel m.v. (værdipapirhandelsloven), at en værdipapirhandler straks skal indberette aftaler om overdragelse til eje af værdipapirer, der er optaget til notering eller handel på en fondsbørs eller handles på en autoriseret markedsplads m.m., såfremt værdipapirhandleren har medvirket i handelen.

Da ikke-medlemmer af K skal have mulighed for at opfylde sin indberetningspligt i § 33, stk. 1, i værdipapirhandelsloven uden at dette skal ske ved, at handelen sker gennem et medlem, skal Finanstilsynet pålægge K at ændre handelssystemet på markedspladsen på en sådan måde, at ikke-medlemmer har mulighed for indberette handler foretaget uden for handelssystemet direkte til K.

Af Ks regelsæt punkt D6 fremgår, at alle køb og salg af de på markedspladsen optagne værdipapirer alene må finde sted via markedspladsens handelssystem.

Det er opfattelsen, at denne handelspligt i Ks regelsæt ikke kan sidestilles med indberetningspligten i værdipapirhandelslovens § 33, stk. 1. Dette skyldes, at pligterne er fastsat i to forskellige regelsæt. Ks regelsæt er fastsat på privatretligt grundlag og kan derfor kun håndhæves over for medlemmer af markedspladsen eller udstedere, der har værdipapirer optaget til handel på markedspladsen, mens indberetningspligten i værdipapirhandelslovens § 33, stk. 1, er af offentligretlig karakter.

Det lægges endvidere til grund, at K er berettiget til at fastsætte regler om gebyrer for indberetning og offentliggørelse for både medlemmer og ikke-medlemmer af markedspladsen i henhold til § 14 i bekendtgørelsen.

Det er opfattelsen, at Ks gebyrer for indberetning af handler i henhold til bekendtgørelsens § 14 kan afspejle de direkte og indirekte omkostninger

ved indberetning og offentliggørelse. Ved opgørelsen af de indirekte omkostninger kan markedspladsen inddrage de udgifter, der har en naturlig forbindelse til den ydelse, for hvilken gebyret beregnes på grundlag af. En følge heraf bliver også, at K alene kan opkræve kurtagi i forbindelse med handel med aktier i et selskab, der er optaget til handel på K, over for medlemmer af markedspladsen.

Det er i den forbindelse ikke foretaget en vurdering af størrelsen af det opkrævede beløb i den konkrete sag vedrørende Cs manglende indberetning af to handler med aktier i B A/S.

Finanstilsynet har bemærket, at K i sit høringssvar af 10. august 2004 til tilsynet vedrørende handelspligten på K har angivet, at overtræder (her C) bliver pålagt at bringe sagen i orden via handel over markedet ligesom overtræder modtager en påtale for forseelsen, jf. delegationsaftalen.

Da delegationsaftalen omhandler offentligretlige regler, vil en henvisning til aftalen i forbindelse med overtrædelse af handelspligten ikke være retvisende, idet handelspligten er fastsat på privatretligt grundlag.

...”

I klageskrivelsen af 23. maj 2005 har advokat A anført:

”...

Finanstilsynets afgørelse kan rejse tvivl om, hvorvidt K A/S [K A/S] kan opretholde sit nuværende regelsæt og praksis, hvorefter værdipapirhandlers indberetningspligt efter Lov om Værdipapirhandel § 33, stk. 1 er indeholdt i pligten for disse til at lade alle handler i værdipapirer optaget til handel på K A/S gennemføre over K A/S' markedsplads.

Det er under anken vor påstand, at K A/S' gældende regelsæt og praksis er i overensstemmelse med dansk ret og at K A/S derfor ikke har pligt til eller behov for at udarbejde et supplerende regelsæt vedrørende indberetninger.

...”

I supplerende klageskrivelse af 1. juli 2005 har advokat A anført:

”...

Jeg vender hermed på vegne K tilbage til den ovennævnte anke og uddyber K's synspunkter således:

1. INDBERETNINGSPLIGT VIA HANDEL

Værdipapirhandlers indberetningspligt til K (af handler i værdipapirer, der er optaget til notering på K) efter Lov om Værdipapirhandel § 33, stk. 1, opfyldes ved handlernes gennemførelse via handelssystemet, jf. K's regelsæt, pkt. E.1.

K's handelssystem genererer derefter for værdipapirhandlerne de i Værdipapirhandelslovens § 33, stk. 1 og 2 og de i indberetningsbekendtgørelsen (Bekendtgørelse nr. 414 af 21. maj 2001), kapitel 1 krævede oplysninger.

...

2. BETALINGSPLIGT

I henhold til K's regelsæt, pkt. D.8., betaler medlemmerne "for handel, information og afvikling af handler i henhold til den offentliggjorte prisliste".

Som følge af at indberetningspligten, jf. reglerne pkt. E.1 opfyldes via handel, opkræves en omsætningsrelateret afgift ved al handel, også indberettet handel, uanset om værdipapirhandlere er medlemmer af K.

3. K'S REGELSÆT ER GODKENDT

K's regelsæt blev indsendt til godkendelse til det daværende Fondsråd i juni 1998. Ansøgningen inkluderede det dengang udarbejdede regelsæt. Ansøgningen med regelsættet blev efterfølgende undergivet behandling på møder og ved korrespondance mellem K og Finanstilsynet på vegne Fondsrådet. Det fremgår af korrespondancen, at Finanstilsynet specifikt har forholdt sig til indberetningsreglerne, idet der blev taget konkret stilling til K's regler for indberetning af handel til løbende markedsovervågning og informationsformål (regelsæt E), jf. Finanstilsynets fax af 26. august 1998 til D ... Det fremgår direkte af Finanstilsynets tilladelse af 18. november 1998 til K, at K's regler for indberetning af handel til løbende markedsovervågning og informationsformål har været anmeldt ..., hvorefter Finanstilsynet meddelte K tilladelse til at drive virksomhed som autoriseret markedsplads fra og med november 1998.

K's regler er ikke siden 1998 ændret på punkter, der er relevante for de nu rejste spørgsmål.

...

4. HJEMMEL FOR FASTSÆTTELSE AF REGLER OM INDBERETNING AF HANDLER MED VÆRDIPAPIRER

Den 21. maj 2001 udstedte Finanstilsynet bekendtgørelse nr. 414 om indberetningspligt vedrørende værdipapirer noteret på en dansk fondsbørs m.v., jf. ovenfor i afsnit 1.

K har opfyldt reglerne i bekendtgørelsens kap. 1 og 2. K har opkrævet samme betaling for handel og indberetninger, jf. de for K godkendte handels- og indberetningsregler.

Det bemærkes, at bekendtgørelsen, der er udstedt i henhold til Værdipapirhandelslovens § 33, stk. 4 (muligvis på grund af det for K gældende og godkendte betalingssystem) ikke fastsatte regler for betaling af gebyrer for indberetninger og offentliggørelse for autoriserede markedspladser, jf. Lovens ordlyd...

[Værdipapirhandelslovens § 33] Stk. 4 omfattede således i modsætning til stk. 1 og stk. 2 ikke autoriserede markedspladser.

Der har således ikke været hjemmel for K til fastsættelse af regler om betaling af gebyrer.

Med vedtagelse af ændring af Lov om Værdipapirhandel (med flere love) nr. 604 af 24. juni 2005 blev der i Lovens § 33, stk. 4 efter ordet "fondsbørs" indsat "og en autoriseret markedsplads".

I bemærkningerne til denne lovændring omtales det, at der er tale om en "præcisering" af, at hjemlen til at fastsætte regler for betaling af gebyrer for indberetning også skulle omfatte autoriserede markedspladser. Der henvises i den forbindelse til de oprindelige bemærkninger til § 33, stk. 4 fra 1995-96. Disse bemærkninger omtaler imidlertid kun en generel hjemmel til det daværende Fondsråd "til at fastsætte ændringer i indberetningspligtens omfang og hjemmel til at fastsætte gebyrer for offentliggørelse af indberetningerne". Bemærkningerne... omtaler kun fondsbørser. Det fremgår således ikke af de oprindelige bemærkninger, at hjemlen i modsætning til lovens udtrykkelige ord også skulle gælde for autoriserede markedspladser.

...

5. K'S ANBRINGENDER

Sammenfattende gør K gældende:

- at K's regler på de for den indklagede afgørelse relevante punkter er godkendt af det daværende Fondsråd, nu Finanstilsynet;
- at det af disse regler fremgår, at indberetning af handel i værdipapirer optaget til notering hos K sker via handelens afvikling over markedspladsen;
- at betaling for indberetning derfor svarer til betalingen for handel; og
- at der ikke på det for den pågældende handel relevante tidspunkt var hjemmel i Værdipapirhandelslovens § 33, stk. 4, hverken direkte for K til at fastsætte gebyrer for indberetninger eller for Finanstilsynet til at give hjemmel til at andre end Fondsbørsen kunne fastsætte sådanne gebyrer.

K's opkrævning af den af C Bank påklagede betaling har således været i overensstemmelse med K's regelsæt, der har været godkendt af tilsynsmyndighederne, og K har ikke haft hjemmel til at opkræve gebyr (i stedet for den omsætningsrelaterede afgift) hos C Bank.

C Bank blev i øvrigt i august 2004 medlem af K"

I udtalelsen af 14. september 2005 har Finanstilsynet vedrørende sagens retlige omstændigheder bemærket:

"Afgørelsens retlige grundlag

Indledningsvis skal det oplyses, at Fondsrådets kompetence, sammensætning m.m. blev ændret pr. 1. januar 2005, således at rådet i dag træffer afgørelse i sager af principiel karakter eller af vidtgående betydning for aktørerne på værdipapirmarkedet, jf. § 84, stk. 2, nr. 1, i værdipapirhandelsloven. Samtidig har Finanstilsynet fået til opgave at varetage det almindelige tilsyn med, at værdipapirhandelsloven og regler udstedt i medfør heraf bliver overholdt, jf. § 83, stk. 1, i værdipapirhandelsloven. Tidligere lå denne opgave hos Fondsrådet med Finanstilsynet som sekretariat.

Lovgrundlaget findes i værdipapirhandelsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 171 af 17. marts 2005 om værdipapirhandel m.v., som ændret ved lov af 604 af 24. juni 2005

...

Finanstilsynets vurdering

A. Indberetningspligt contra handelspligt

Af Ks breve fremgår, at markedspladsen ligestiller handelspligten med indberetningspligten.

Denne opfattelse er efter Finanstilsynets vurdering fejlagtig, da de to pligter har hvert sit indhold, og da pligterne er fastsat i to forskellige typer regelsæt.

Indberetningspligten er fastsat i § 33, stk. 1, i værdipapirhandelsloven, hvoraf følger, at en værdipapirhandler straks skal indberette aftaler om overdragelse til eje af værdipapirer, der er optaget til notering eller handel på en fondsbørs eller autoriseret markedsplads m.m., såfremt værdipapirhandleren har medvirket i handlen.

Der er hermed tale om en offentligretlig regel, der alene pålægger værdipapirhandlere en pligt til at indberette en handel, såfremt de har medvirket i en handel med et værdipapir optaget på en fondsbørs eller en autoriseret markedsplads. Indberetningspligten i værdipapirhandelsloven kan derfor ikke anvendes som hjemmel til at opretholde en handelspligt på en autoriseret markedsplads.

Handelspligten, der fremgår af punkt D6 og E1 i Ks regelsæt, er fastsat med hjemmel i værdipapirhandelslovens § 41, stk. 3, hvoraf følger, at en autoriseret markedsplads skal fastsætte:

- 1) regler for optagelse af værdipapirer til handel på markedspladsen, samt udsteders og aktionærs oplysningsforpligtelser,
- 2) regler om vilkårene for at være medlem af markedspladsen og
- 3) regler for indberetning af handel til løbende markedsovervågnings- og informationsformål.

Dette regelsæt og dermed også handelspligten kommer til at gælde for de udstedere og værdipapirhandlere, der på privatretligt grundlag indgår en aftale med K om henholdsvis at få deres værdipapirer optaget til handel og om at blive medlem af markedspladsen.

De resterende værdipapirhandlere, der ikke er medlemmer af K, kan markedspladsen ikke forpligte til at overholde handelspligten i regelsættet og det deraf følgende krav om, at alle handler skal gennemføres over handelssystemet.

Dette skyldes det grundlæggende princip i dansk ret om, at aftaler som udgangspunkt kun har virkning mellem parterne, og A og B kan ikke ved deres aftale bestemme tredjemands retstilling i den forstand, at tredjemand bliver bundet ved den mellem A og B indgåede aftale.

Dernæst er der ikke indført handelspligt på autoriserede markedspladser i lovgivningen på området, som værdipapirhandlere ville i givet fald være forpligtet til at følge.

B. Indberetning af handler til K

På baggrund af tilkendegivelserne fra stifterne af K, D A/S Fondsmæglerselskab, samt notatet ... om privatretlige aftaler m.m. har Fondsrådet ikke før klagen fra C Bank A/S haft anledning til at tro, at der var behov for et særskilt indberetningssystem på K, jf. også nedenfor ...

Finanstilsynet er bekendt med en tidligere sag, hvor indberetningspligten blev overtrådt i forbindelse med handel med aktier optaget til handel på K. I denne sag blev selve indberetningssystemet på K ikke drøftet, og den pågældende værdipapirhandler klagede heller ikke over fremgangsmåden.

Som K fungerer på nuværende tidspunkt, eksisterer der ikke noget selvstændigt indberetningssystem, idet indberetningen falder sammen med selve gennemførelsen af handelen, og idet det fremgår af regelsættet, at alle handler skal gennemføres over handelssystemet på markedspladsen.

En værdipapirhandler, der ikke er medlem af markedspladsen, og som har medvirket til en handel uden for handelssystemet, har derfor ikke mulighed for at opfylde sin indberetningspligt i værdipapirhandelslovens § 33, stk. 1, medmindre værdipapirhandleren gennemfører handlen over Ks handelssystem, hvilket automatisk vil udløse en omsætningsafgift som betaling for indberetningen.

Indberetningspligten bliver kun aktuel, såfremt en værdipapirhandler har medvirket til handelen, da pligten ikke omfatter privatpersoner.

Da lovgivningen ikke indeholder forbud eller hjemmel for K til at forbyde handel med værdipapirer, der er optaget til handel på markedspladsen, og da værdipapirhandlere, der medvirker til en sådan handel, er forpligtet til at indberette sådanne handler, skal K derfor rent systemmæssigt kunne håndtere en sådan indberetning fra et ikke-medlem.

En sådan indberetning vil skulle kunne foretages direkte til K og ikke nødvendigvis gennem et medlem.

Det skyldes, at det følger af værdipapirhandelslovens § 33, stk. 4, 1. pkt., at Finanstilsynet fastsætter nærmere bestemmelser om indberetningspligten, herunder omfang og indhold, og hvortil der skal indberettes.

I forarbejderne til denne bestemmelse fremgår, at der med stk. 4 er givet Fondsrådet (nu Finanstilsynet) hjemmel til at fastsætte de generelle betingelser for, hvorledes og hvortil indberetningen skal ske. Udgangspunktet vil være, at der skal ske indberetning til den fondsbørs, hvor værdipapiret er noteret.

Fondsrådet har benyttet ovennævnte hjemmel til at fastsætte nærmere bestemmelser om indberetningspligten i indberetningsbekendtgørelsen.

Af indberetningsbekendtgørelsens § 1, stk. 1, 2. pkt., følger, at indberetningen skal ske til den pågældende fondsbørs eller autoriserede markedsplads.

På baggrund af ovenstående traf Finanstilsynet afgørelse om, at K skulle ændre deres handelssystem på en sådan måde, at ikke-medlemmer har mulighed for at indberette handler foretaget uden for handelssystemet direkte til K.

C. Kommentarer til Ks anbringender

"Ks regler på de for den indklagede afgørelse relevante punkter er godkendt af det daværende Fondsråd, nu Finanstilsynet"

Et af Ks anbringender er, at Ks regelsæt er godkendt af Fondsrådet, og at reglerne på de punkter, der er relevante for de nu rejste spørgsmål, ikke er ændret siden stiftelsen i 1998. Dernæst at det fremgår af korrespondancen (fax af 26. august 1998), at Finanstilsynet specifikt har forholdt sig til indberetningsreglerne.

Finanstilsynet skal henlede opmærksomheden på, at der ikke er sket nogen godkendelse af regelsættet fra hverken Fondsrådets eller Finanstilsynets side.

Som angivet af K var der ganske rigtigt drøftelser mellem stifterne af K og Fondsrådets sekretariat vedrørende udformningen af regelsættet. Disse drøftelser og selve gennemgangen af regelsættet skete alene med henblik på at vurdere, om regelsættet rent indholdsmæssigt lå på et tilfredsstillende niveau, også i sammenligning med tilsvarende regelsæt for Fondsbørsen, samt for at vurdere, om regelsættet var i overensstemmelse med lovgivningens krav til et sådant regelsæt.

Fondsrådet meddelte ved brev af 8. oktober 1998 D A/S Fondsmæglerselskab, at rådet havde drøftet det anmeldte regelsæt, herunder reglerne for indberetning m.v., på rådets møde i september 1998, og at rådet på den baggrund havde taget de anmeldte regelsæt til efterretning ...

K har vedlagt den oprindelige tilladelse fra Finanstilsynet til at drive virksomhed som autoriseret markedsplads (brev af 18. november 1998). Af dette brev fremgår det ligeledes direkte ... , at Finanstilsynet alene har taget de indsendte dokumenter (herunder regelsættet) til efterretning, og at tilsynet i den forbindelse ikke har taget stilling til, om indholdet af den indsendte dokumentation er tilstrækkelig og hensigtsmæssig m.v. i forhold til den virksomhed, som selskabet som helhed påtænker at drive.

Dernæst gav stifterne af K både mundtligt og skriftligt udtryk for, at K ville sikre handelspligten på privatretligt grundlag.

På et møde den 26. juni 1998 oplyste stifterne, at "handels- eller børspligten" var tænkt gennemført på privatretligt kontraktmæssigt

grundlag ... Det skal understreges, at K ikke har set endsige godkendt [Finanstilsynets interne referat af mødet].

Derudover havde stifterne i et skriftligt notat til Fondsrådet nærmere redegjort for, hvorledes handelspligten blev sikret via privatretlige aftaler, og at disse aftaler blev indgået på initiativ af markedspladsen. ...

I den forbindelse skal det bemærkes, at Finanstilsynet både mundtligt under mødet den 26. juni 1998 samt skriftligt i mail af 26. august 1998 gjorde stifterne opmærksom på, at man skulle være opmærksom på de civilretlige forhold omkring selve handelspligten.

Teoretisk set ville handelspligten på K kunne have været sikret ved indgåelse af privatretlige rådighedsbegrænsninger. Bernhard Gomard nævner på side 223f i Obligationsret 1. del, 3. udgave, 1998, eksempler på privatretlige rådighedsbegrænsninger. Som eksempel nævnes begrænsninger af omsætteligheden af aktier, som foreskrevet i selskabets vedtægter eller i aftaler mellem selskabsdeltagerne (aktionæroverenskomster). Indgåelsen af en sådan privatretlig rådighedsbegrænsning kunne have været et vilkår for optagelse af en udsteder på K.

På baggrund af ovennævnte tilkendegivelser under stiftelsen havde Fondsrådet derfor ikke anledning til at kræve et særskilt indberetningssystem for handler, der blev foretaget uden for markedspladsen, idet det efter stifternes oplysninger til Fondsrådet ikke kunne lade sig gøre at handle uden for markedspladsen på grund af privatretlige aftaler.

Først i forbindelse med behandlingen af den konkrete sag og selve klagen fra C Bank A/S har det vist sig, at der ikke er et juridisk grundlag, hvorefter K kan kræve, at alle handler skal foretages over markedspladsen.

Finanstilsynet har som kompetent myndighed på området til opgave at påse, at værdipapirhandelsloven og de regler, der er udstedt i medfør heraf, bliver overholdt, jf. § 83, stk. 1, i værdipapirhandelsloven.

Hermed har Finanstilsynet en pligt til handle, når tilsynet bliver opmærksom på forhold, der er i strid med lovgivningen.

Finanstilsynet pålagde derfor K at ændre selskabets handelssystem på en sådan måde, at ikke-medlemmer kan indberette direkte til K.

Dette skete for at sikre, at værdipapirhandlere, der ikke er medlem af K, skal have mulighed for at opfylde deres indberetningspligt. Samtidig var det for at sikre, at en offentligretlig regel om indberetning af handler ikke bliver brugt som hjemmel til at opretholde en handelspligt på en autoriseret markedsplads.

"Det fremgår af Ks regelsæt, at indberetning af handel i værdipapirer optaget til handel på K sker via handelens afvikling over markedspladsen"

K kan med deres regelsæt alene forpligte de værdipapirhandlere og udstedere, der henholdsvis er medlemmer af og har værdipapirer optaget til handel på markedspladsen.

En værdipapirhandler, der ikke er medlem af markedspladsen, kan derfor ikke forpligtes til at afvikle handlen over markedspladsen for at få handlen indberettet, jf. det tidligere anførte.

"Betaling for indberetning svarer til betaling for handel"

For så vidt angår værdipapirhandlere, der er medlem af markedspladsen, kan K forlange den betaling for indberetning, der er fastsat i regelsættet. Der er intet til hinder for, at betalingen for indberetning svarer til betaling for handel, således at der kun opkræves et beløb af værdipapirhandleren.

Af de værdipapirhandlere, der ikke er medlem af markedspladsen, vil K i henhold til indberetningsbekendtgørelsens § 14 kunne opkræve et gebyr, der afspejler de direkte og indirekte omkostninger ved indberetningen og offentliggørelsen, jf. præmisserne fra gebyr-dommen U.1993.757.H.

"Der var ikke på det for den pågældende handel relevante tidspunkt hjemmel i værdipapirhandelslovens § 33, stk. 4, hverken direkte for K til at fastsætte gebyrer for indberetninger eller for Finanstilsynet til at give hjemmel til at andre end Fondsbørsen kunne fastsætte sådanne gebyrer"

Af § 14 i den første indberetningsbekendtgørelse nr. 332 af 23. april 1996 om indberetning af handler med værdipapirer, der er noteret på en fondsbørs m.v. fremgår, at en fondsbørs eller en autoriseret markedsplads fastsætter regler om betaling af gebyrer for indberetninger omfattet af denne bekendtgørelse, jf. § 33, stk. 4, i lov om værdipapirhandel m.v. Betaling af gebyr skal ske til den pågældende fondsbørs eller markedsplads.

Denne bestemmelse er direkte videreført i den nugældende bekendtgørelse nr. 414 af 21. maj 2001 af samme navn og indhold.

Indberetningsbekendtgørelsens § 14 henviser til § 33, stk. 4, i værdipapirhandelsloven.

På tidspunktet for de pågældende handlers gennemførelse fremgik det af værdipapirhandelslovens § 33, stk. 4, 2. pkt., at en fondsbørs fastsætter regler om betaling af gebyrer for indberetning og offentliggørelse.

Autoriserede markedspladser var ikke eksplicit nævnt i bestemmelsen. Det er dog Finanstilsynets opfattelse, at Fondbørsrådet tog stilling til hjemmelsspørgsmålet ved udstedelse af den første

indberetningsbekendtgørelse i 1996, hvor autoriserede markedspladser var medtaget.

Til støtte herfor kan også henvises til Jesper Lau Hansen, Værdipapirhandelsloven med kommentarer, bind 2, s. 218, nota 18, hvor det anføres, at regler om gebyrer udstedt af en autoriseret markedsplads må anses for tilstrækkeligt hjemlet i bekendtgørelsen (indberetningsbekendtgørelsen).

Dernæst har praksis på andre offentligretlige områder, herunder miljøområdet, været, at der er blevet opkrævet almindelige gebyrer med hjemmel i en bekendtgørelse. Tendensen er dog gået i den retning, at man har valgt at præcisere hjemlen direkte i loven.

I overensstemmelse hermed anfører Bent Christensen, Forvaltningsret, opgaver, hjemmel, 1991, s. 286f, at det er tvivlsomt, om det er nødvendigt med et krav om en klar lovhjemmel til opkrævning af gebyrer, hvorfor praksis på området ikke er helt klar.

Det har hele tiden været Finanstilsynets opfattelse, at K havde og har ret til at opkræve et gebyr, der afspejler de direkte og indirekte omkostninger, til at dække udgifterne ved at varetage en opgave i form af at modtage og offentliggøre indberetninger af handler fra værdipapirhandlere. En opgave som K ifølge lovgivningen er forpligtet til at varetage.

For at undgå fremtidig tvivl om K og eventuelle andre autoriserede markedspladsers ret til at fastsætte regler om betaling af gebyrer for indberetning og offentliggørelse blev autoriserede markedspladser direkte indsat i værdipapirhandelslovens § 33, stk. 4, ved ændring af lov om værdipapirhandel m.v. nr. 604 af 24. juni 2005.

...”

I skrivelse af 28. oktober 2005 har advokat A yderligere anført:

”...

Indberetningspligten for handel med værdipapirer der er optaget til handel på K følger af Kapitel E i Ks ”Regelsæt for K A/S”, jf. pkt. E1, og er ikke en handelspligt. Den er derimod en pligt for autoriserede værdipapirhandlere, som ikke er medlem af K til, når de har formidlet en handel som er privatretligt bindende, derefter at *indberette* denne til K, som vil registrere og offentliggøre handelen ved afvikling af en ”skyggehandel” over markedspladsen. K har således en servicefunktion, der kan håndtere indberetninger fra såvel medlemmer som ikke-medlemmer. Det er denne registrering og offentliggørelse af indberetningen, som er pålagt samme omkostninger som handel over markedspladsen, og denne indberetningsform har været og er i overensstemmelse med lov om værdipapirhandel og indberetningsbekendtgørelsen.

I forlængelse af ovenstående var Ks konkrete krav til C Bank om at indberette handlerne i B A/S i februar 2004 i form af en "skyggehandel" ved offentliggørelse over handelssystemet i overensstemmelse med lov om værdipapirhandel § 33, stk. 1, indberetningsbekendtgørelsen og "Regelsæt for K A/S", således som dette regelsæt blev taget til efterretning af Finanstilsynet i forbindelse med tilsynets godkendelse af K i 1998.

Vedrørende den konkrete beregning af indberetningsgebyr for autoriserede værdipapirhandlere der ikke er medlemmer af K, har denne siden etableringen af K været beregnet på samme måde og med samme sats som medlemmers betaling. Ks omkostninger forbundet med handel henholdsvis indberetning er identiske. I den sammenhæng har K – i overensstemmelse med gængs praksis inden for finanssektoren – anvendt en beregningsmetode, der relaterer sig til værdien af den handlede post."

Foranlediget af en skrivelse af 2. november 2005 fra C A/S til Erhvervsankenævnet har advokat A ved skrivelse af 21. november 2005 foretaget følgende korrigerende bemærkninger til sin skrivelse af 28. oktober 2005:

”

1

...

Af udtalelsen fremgik, at ”vedrørende den konkrete beregning af indberetningsgebyr for autoriserede værdipapirhandlere der ikke er medlemmer af K, har denne siden etableringen af K været beregnet på samme måde og med samme sats som medlemmers betaling”.

Ovenstående udtalelse skal herved korrigeres. Indberetningsgebyret for værdipapirhandlere, der ikke er medlemmer af K, udgør 0,5% af kursværdien af den indberettede handel. For værdipapirhandlere der er medlemmer af K, udgør indberetningsgebyret 0,25% af kursværdien af den indberettede handel.

Medlemskab af K er vederlagsfri og gebyrsatsen 0,25% kan derfor opnås af alle værdipapirhandlere.

2

K har i øvrigt den 31. oktober 2005 opdateret afsnit E4 i ”Regelsæt for K” vedrørende indberetningspligten for værdipapirhandlere der ikke er medlemmer af K. Herved tydeliggøres Ks beregningspraksis, der stedse har været fulgt af K og de værdipapirhandlere, der har handlet med værdipapirer, der er optaget til handel på K. Det nye afsnit E.4 har følgende ordlyd:

”E.4 Ikke-medlemmer af K, som er omfattet af værdipapirhandelslovens § 33 og derved er omfattet af indberetningspligt, foretager denne indberetning til K via telefon, telefax eller e-mail. K registrerer herefter handlen i handelssystemet, så de oplyste informationer

om handelsdato, handelskurs og handelsmængde bliver offentliggjort i markedet. K opkræver et gebyr på 0,5% af kursværdien af den indberettede handel, i henhold til § 14 i bekendtgørelse nr. 414 af 21/05/2001 om indberetning af handler med værdipapirer der er noteret på en fondsbørs m.v.

Indberetningen skal indeholde oplysninger om:

- 1) fondskode (ISIN – International Securities Identification Number),
- 2) handelsdato og handelstidspunkt,
- 3) der er foretaget et køb eller salg,
- 4) handelskurs og handelsmængde,
- 5) afviklingsdato, samt
- 6) identifikation af modparten, hvis denne er medlem af K.”

Finanstilsynet har ved skrivelse af 9. december 2005 yderligere bemærket:

”...

I udtalelsen af 28. oktober 2005 angives det, at indberetningspligten for handel med værdipapirer, der er optaget til handel på K, følger af pkt. El i markedspladsens regelsæt, og at det ikke er en handelspligt.

Under behandlingen af sagen i Finanstilsynet blev K løbende hørt. I forbindelse med denne korrespondance tilkendegav K flere gange, at indberetning alene kan ske via handel over markedet, og at denne handel skal gennemføres via et medlem af markedspladsen, idet alene medlemmer kan gennemføre handler i handelssystemet. Dette fremgik blandt andet af bilag ..., der var vedlagt Finanstilsynets redegørelse af 14. september 2005. (Reelt har indberetningspligten været at sidestille med en handelspligt, når indberetning alene har kunnet ske via handel over markedet).

For at sikre, at værdipapirhandlere, der ikke er medlem af K, skal have mulighed for at opfylde deres indberetningspligt i henhold til § 33, stk. 1, i værdipapirhandelsloven, og da K kun kan håndhæve sit regelsæt over for medlemmer af markedspladsen, pålagde Finanstilsynet derfor K at ændre selskabets handelssystem på en sådan måde, at ikke-medlemmer kan indberette direkte til K.

Som nævnt i Finanstilsynets redegørelse af 26. april 2005 har tilsynet ikke foretaget en vurdering af størrelsen af det opkrævede beløb i den konkrete sag vedrørende Cs manglende indberetning af to handler med aktier i B AIS.

Finanstilsynet har alene præciseret, at det er opfattelsen, at K er berettiget til at fastsætte regler om gebyrer for indberetning og offentliggørelse for både medlemmer og ikke-medlemmer af markedspladsen i henhold til § 14 i bekendtgørelse nr. 414 af 21. maj

2001 om indberetning af handler med værdipapirer, der er noteret på en fondsbørs m.v. (indberetningsbekendtgørelsen).

Dernæst har Finanstilsynet oplyst, at det er opfattelsen, at Ks gebyrer for indberetning af handler i henhold til indberetningsbekendtgørelsens § 14 kan afspejle de direkte og indirekte omkostninger ved indberetning og offentliggørelse. Ved opgørelsen af de indirekte omkostninger kan markedspladsen inddrage de udgifter, der har naturlig forbindelse til den ydelse, for hvilken gebyret beregnes.

Det bemærkes, at Finanstilsynet ved brev af 31. oktober 2005 fra K har modtaget et revideret regelsæt vedrørende punkt E4. Det skal i den forbindelse oplyses, at Finanstilsynet ikke på nuværende tidspunkt har taget stilling til den anmeldte ændring.

...”

Ankenævnet udtaler:

Af værdipapirhandelslovens § 33, stk. 1, følger det, at en værdipapirhandler straks skal indberette aftaler om overdragelse til eje af værdipapirer, der er optaget til notering eller handel på en fondsbørs eller handles på en autoriseret markedsplads, såfremt værdipapirhandleren har medvirket i handelen.

Det fremgår af værdipapirhandelslovens § 33, stk. 4, 1. pkt., at Finanstilsynet (tidligere Fondsrådet) fastsætter nærmere bestemmelser om indberetningspligten, herunder omfang og indhold, og hvortil der skal indberettes. Værdipapirhandelslovens § 33, stk. 4, 2. pkt., indeholder hjemmel til at fastsætte regler om betaling af gebyrer for indberetninger og offentliggørelse.

Af de særlige bemærkninger til loven fremgår blandt andet:

”Til § 33

Bestemmelsens stk. 1 vedrører indberetning af værdipapirer noteret på en fondsbørs eller på et reguleret marked i investeringsservicedirektivets forstand. Udgangspunktet i investeringsservicedirektivet for indberetninger er, at et investeringsselskab skal indberette alle transaktioner, der er foretaget med instrumenter, der omsættes på et reguleret marked, til hjemlandets kompetente myndigheder, uanset om selve transaktionen har fundet sted på eller uden for det regulerede marked.

Med lovforslaget er der lovgivet for regulerede markeder, nemlig fondsbørser og autoriserede markedspladser. Med stk. 1 er pligten til at foretage indberetning lagt på værdipapirhandlere, som defineret i § 4, stk. 3, jf. stk. 1, nr. 1-4.

...

Forpligtelsen til indberetning påhviler i første række værdipapirhandlere og kun i situationer, hvor disse medvirker i handelen...

Med stk. 4 er der givet Fondsrådet hjemmel til at fastsætte de generelle betingelser for, hvorledes og hvortil indberetning skal ske. Udgangspunktet vil være, at der skal ske indberetning til den fondsbørs, hvor værdipapiret er noteret. De nærmere betingelser for, hvorledes indberetning skal ske i forhold til det enkelte fondsbørsmarked fastsættes af den pågældende fondsbørs inden for rammerne af de efter stk. 4 fastsatte regler, jf. § 19, stk. 2. ...

En fondsbørs fastsætter regler om betaling af gebyrer for indberetninger og offentliggørelse heraf. Gebyrerne skal fastsættes ud fra de direkte og indirekte omkostninger, der er forbundet med indsamling og offentliggørelse af de pågældende informationer. Der skal i den forbindelse tages hensyn til, at omkostningerne vil være faldende ved et stigende transaktionsniveau. Reglerne om gebyrbetaling skal anmeldes til Fondsrådet. Fondsrådet kan forlange, at den pågældende fondsbørs fremlægger dokumentation for de omkostningsberegninger, der ligger til grund for gebyrfastsættelsen. Såfremt de af fondsbørsen fastsatte gebyrer væsentligt overstiger de direkte og indirekte omkostninger ved informationsindsamling og offentliggørelse forudsættes Fondsrådet at meddele den pågældende fondsbørs pålæg om at ændre gebyrreglerne eller fastsætte supplerende regler herom, jf. forslaget § 83, stk. 6-7. Dette svarer til den kompetence Konkurrencerådet har inden for sit område. ...”

Fondsrådet har i 2001 i medfør af § 33, stk. 4, udstedt bekendtgørelse nr. 414 af 21. maj 2001 om indberetning af handler med værdipapirer, der er noteret på en fondsbørs m.v. (indsendelsesbekendtgørelsen). Af bekendtgørelsens § 14 følger det, at en fondsbørs eller autoriseret markedsplads fastsætter regler om betaling af gebyrer for indberetninger omfattet af bekendtgørelsen, og at betaling af gebyr skal ske til den pågældende fondsbørs eller markedsplads.

Ved lov nr. 604 af 24. juni 2005 blev udtrykket ”og en autoriseret markedsplads” indføjet i § 33, stk. 4, 2. pkt., efter ”fondsbørs”. Af bemærkningerne til lovforslaget (L 155 af 13. april 2005) fremgår blandt andet:

” Det foreslås med bestemmelsen præciseret, at den eksisterende hjemmel i værdipapirhandelslovens § 33, stk. 4, for en fondsbørs til at fastsætte regler om betaling af gebyrer for indberetning og offentliggørelse også omfatter autoriserede markedspladser. Der henvises i øvrigt til bemærkningerne til denne bestemmelse, jf. Folketingstidende, 1995-96, Tillæg A, s. 1997.”

Indberetningspligten efter værdipapirhandelslovens § 33, stk. 1 er en offentligretlig regel, der alene pålægger værdipapirhandlere en pligt til at

indberette en handel, såfremt de har medvirket i en handel med et værdipapir optaget på en fondsbørs eller en autoriseret markedsplads. Det tiltrædes derfor, at indberetningspligten i værdipapirhandelsloven ikke kan anvendes som hjemmel til at opretholde en handelspligt på en autoriseret markedsplads.

Herefter og ud fra de foreliggende oplysninger finder ankenævnet ikke, at det på tidspunktet for Finanstilsynets afgørelse var muligt for værdipapirhandlere, som ikke er medlemmer af K A/S, at indberette handler, der oprindeligt er foretaget uden for handelssystemet, direkte til K A/S.

Som følge af det anførte og da det af lovbemærkningerne fremgår, at gebyrerne så vidt muligt skal afspejle de faktisk afholdte omkostninger, og at de regulerede markeder således ikke kan tillægge en erhvervsmæssig avance på de investerede ressourcer, tiltrædes det endvidere, at K A/S alene kan afkræve kurtage i forbindelse med handel med aktier af et selskab, der er optaget til handel på K A/S, over for medlemmer af handelspladsen.

Ankenævnet tiltræder derfor Finanstilsynets afgørelse af 26. april 2005.

4.5. LOV OM REALKREDITLÅN OG REALKREDITOBLIGATIONER

10) Kendelse af 19. juni 2006 (J.nr. 04-259.072).

Påbud om berigtigelse af realkreditlån ophævet.

Lov om realkreditlån og realkreditobligationer og bekendtgørelse om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling.

(Susanne Nielsen, Niels Bolt Jørgensen og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 19. november 2004 har K A/S (realkreditinstitut) klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 25. oktober 2004 har meddelt realkreditinstituttet, at værdien af ejendommen A, X-by, som K A/S har værdiansat til 18.600.000 kr., kun kan værdiansættes til 13.250.000 kr., og at K A/S derfor skal nedbringe lånene ydet med pant i ejendommen eller på anden måde sikre, at lånene er ydet inden for grænserne i lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v.

Sagens omstændigheder:

I den påklagede afgørelse af 25. oktober 2004 hedder det blandt andet:

”Ejendommen A

Finanstilsynet har konstateret, at der i vurderingen er tillagt en ”Nutidsværdi af merleje” på kr. 6.108.640. Finanstilsynet mener, at ”merlejen” alene kan tilskrives det store parkeringsareal på ca. 17.000 m², og finder på den baggrund, at værdiansættelsen ikke overholder rammerne i bekendtgørelse om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling.

Finanstilsynet fortolker, som meddelt K i 2002, bekendtgørelsen således, at medtagelsen af værdien af grundarealer udtømmende er reguleret i § 9, stk. 4, hvorefter resultatet af en rentabilitetsberegning kan tillægges en værdi af et grundstykke, hvis grundstykket kan frasælges ejendommen. I samme forbindelse har Finanstilsynet fortolket bekendtgørelsens § 8, stk. 1, således, at den bruttoleje, der ansættes til brug for rentabilitetsberegningen, alene omfatter lokaler. Der vil således ikke i en rentabilitetsberegning kunne indgå en grundleje, hverken direkte eller indirekte.

Finanstilsynet er af den opfattelse, at den merleje, som kan indgå i en rentabilitetsberegning efter § 9, stk. 2, svarende til § 8, stk. 2, alene kan vedrøre leje af lokaler og ikke af grundarealer. Som det fremgår af instituttets egen værdiansættelse, er markedslejen af de pågældende lokaler væsentlig lavere end den leje, som følger af den samlede lejebetaling efter lejekontrakten. Under hensyn til ejendommens karakter

finder Finanstilsynet, at der er tale om, at den højere leje skyldes parkeringsarealet, hvorfor værdiansættelsen skal korrigeres herfor.

Ligeledes mener Finanstilsynet ikke, at der, jf. værdiansættelsesbekendtgørelsen § 8, stk. 3, kan medtages 2 års lejeforhøjelse, da der er anvendt markedsleje. Ejendommens værdi kan efter Finanstilsynets opfattelse derfor kun fastsættes til kr. 13.250.000 mod Ks kr. 18.600.000.

Tilsynet skal med henvisning til lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v. § 34, stk. 1 og 3, pålægge instituttet inden den 1. januar 2005, at nedbringe de to ovennævnte lån eller på anden måde sikre, at lånene er ydet inden for lånegrænserne i lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v.”

I klageskrivelsen af 19. november 2004 har K A/S anført:

” ...

Påstand

Der nedlægges påstand om, at Finanstilsynet skal anerkende, at der ved værdiansættelsen af ejendommen medtages en ”nutidsværdi af merleje”, der af Finanstilsynet tilskrives det til ejendommen hørende ca. 17.000 m² parkeringsareal, således at ejendommen kan værdiansættes til kr. 17.314.990.

Beløbet fremkommer på baggrund af den af Finanstilsynet beregnede rentabilitetsværdi kr. 11.206.350 med tillæg af den af K beregnede ”nutidsværdi af merleje” på kr. 6.108.640.

Sagsfremstilling

...

K har ved værdiansættelsen af ejendommen i overensstemmelse med § 9, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 671 af 24. juni 2004 om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling (herefter værdiansættelsesbekendtgørelsen eller bekendtgørelsen) medregnet nutidsværdien af en merleje, som efter Finanstilsynets opfattelse alene kan tilskrives et parkeringsanlæg på ca. 17.000 m². Denne nutidsværdi af merlejen udgør kr. 6.108.640.

Baggrunden er, at der på den lejede ejendom indgår et parkeringsareal på ca. 17.000 m², som anvendes af lejer og er af betydning for lejers virksomhed (lastvogns- og containerværksted). Lejer har indgået en lejekontrakt med en samlet leje for bygninger og parkeringsareal.

...

Efter Ks opfattelse er der ikke i lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v. (herefter realkreditloven) og i

værdiansættelsesbekendtgørelsen hjemmel til at undtage værdien af et grundareal ved værdiansættelsen af en ejendom.

Det er således Ks opfattelse, at der ved fastlæggelse af ejendommens brutto/nettoleje skal tages udgangspunkt i ejendommens samlede lejeindtægter – og ikke alene den del af en given lejebetaling, der i snæver forstand kan henføres til leje af lokaler.

Sagen angår rækkevidden af værdiansættelsesbekendtgørelsens § 8, stk. 1, hvor der anvendes ordene ”Bruttolejen for de pågældende lokaler”, sammenholdt med de øvrige bestemmelser i loven og bekendtgørelsen om realkreditinstitutters værdiansættelse af ejendomme.

Spørgsmålet er, hvilke af ejendommens indtægter der kan medregnes i ejendommens ”bruttoleje”. Fastlæggelse af ejendommens bruttoleje har en direkte umiddelbar indvirkning på rentabilitetsberegningen og hermed værdiansættelsen.

Såfremt der ved værdiansættelsen alene medregnes den del af lejeindtægten som kan tilskrives lokaleleje, vil værdiansættelsen ikke illustrere ejendommens reelle værdi, særligt når henses til, at det er afgørende for lejer, at der kan disponeres over grundarealet i tilknytning til den af lejer drevne virksomhed.

Finanstilsynets rapport af 25. oktober 2004

Det bemærkes i øvrigt, at konklusionen af Finanstilsynets afgørelse umiddelbart ikke synes at være i overensstemmelse med det af Finanstilsynets udarbejdede Bilag ..., der er vedlagt rapporten ... Bilaget vedlægges som **bilag B**.

Af dette bilag fremgår, at Finanstilsynet når frem til en værdiansættelse på kr. 13.660.000 – og ikke kr. 13.250.000, som anført som værdiansættelse i Finanstilsynets rapport ...

Det fremgår endvidere af Finanstilsynets rapport, at K ved værdiansættelsen har medtaget en ”nutidsværdi af merleje” på kr. 6.108.640 og at dette beløb alene kan tilskrives det til et af lejemålene (med C) hørende parkeringsareal på 17.000 m².

Det er denne post, som Finanstilsynet finder ikke kan medtages efter værdiansættelsesbekendtgørelsens regler.

Det fremgår imidlertid af **bilag B**, at beløbet kr. 6.108.640 kr. angår udenomsarealerne for begge lejemål, idet kr. 1.450.000 kr. kan henføres til lejemålet med B (ca. 5.600 m² parkeringsareal) og ca. kr. 4.660.000 kr. til lejemålet med C (ca. 17.000 m² parkeringsareal).

Opmærksomheden henledes derfor på, at K ved værdiansættelsen har medtaget ”nutidsværdi af merleje” med kr. 6.108.640 under henvisning til værdien af de samlede udenomsarealer, og ikke som anført af

Finanstilsynet alene parkeringsarealet stort ca. 17.000 m² vedrørende lejemålet med C.

Det fremgår endvidere af **bilag B**, at Finanstilsynet ved værdiansættelsen anerkender medtagelse af ”nutidsværdi for merleje” på kr. 1.450.000 kr. for så vidt angår parkeringsarealet til det ene lejemål (med B) men altså ikke anerkender at parkeringsarealet til det andet lejemål (med C) har indvirkning på værdiansættelsen.

Dette synes at være i uoverensstemmelse med afgørelsens konklusion ...

ANBRINGENDER:

Det gøres gældende:

at bruttoleje, jf. værdiansættelsesbekendtgørelsens §§ 5 til 9, omfatter alle ejendommens lejeindtægter og ikke snævert kan begrænses til den del af ejendommens lejeindtægt, der angår leje af lokaler.

Bekendtgørelsens § 8 regulerer ansættelsen af bruttolejen for ”de pågældende lokaler”. Uanset formuleringen, er det ikke bestemmelsens formål, at kun en del af ejendommens lejeindtægt skal medgå ved rentabilitetsberegningen. Der er således ikke grundlag for en fortolkning, hvorefter indtægter, der ikke snævert set kan henføres til leje af lokaler, ikke kan medgå i bruttolejen og dermed påvirke rentabilitetsberegningen.

Der kan derfor ikke lægges en snæver ordlydsfortolkning af bestemmelsen til grund. Bestemmelsen skal læses i sammenhæng med de øvrige bestemmelser i §§ 5 til 9, hvoraf det fremgår, at formålet med bestemmelsen er, at det er ejendommens nettoleje – det vil sige ejendommens bruttolejeindtægter fratrukket ejendommens driftsudgifter - der skal lægges til grund for rentabilitetsberegningen.

at der ikke er hjemmel til at fortolke bruttolejebegrebet jf. værdiansættelsesbekendtgørelsens § 8, stk. 1, således, at realkreditinstituttet til brug for rentabilitetsberegningen skal foretage opsplnitning af ejendommens lejeindtægter.

Såfremt det havde været hensigten, at der ved fastsættelsen af bruttoleje skulle ske opsplnitning af ejendommens samlede lejeindtægt, må dette forudsætte en klar hjemmel i bestemmelsen.

Når henses til den i øvrigt detaljerede regulering af beregningen af nettoleje kan et så væsentligt vilkår som opsplnitning af leje i lokaleleje og anden leje ikke indfortolkes i bestemmelsen, men må forudsætte en præcis regulering af, hvorledes opsplnitningen skal ske

Bestemmelsen i § 8, stk. 1, skal som ovenfor nævnt læses i sammenhæng med §§ 5 – 9. Af denne sammenhæng fremgår, at sigtet med reguleringen er, at det er ejendommens samlede løbende indtægter, der fratrukket ejendommens samlede løbende driftsudgifter danner udgangspunkt for rentabilitetsberegningen.

at Finanstilsynets fortolkning, hvorefter grundarealer aldrig hverken direkte eller indirekte kan påvirke værdiansættelsen, er meningsløs, med mindre en sådan opsplætning finder sted ved alle værdiansættelser.

Forudsætningen for leje af et lokale vil altid være, at dette lokale er placeret på en grund, og under forudsætning af at grunden ikke er værdiløs, vil en del af lejebetalingen således altid indirekte kunne tilskrives, at det pågældende lokale befinder sig på den pågældende grund.

En fortolkning af bestemmelsen, hvorefter lejebetaling for lokaler skal reguleres for den del af lejen, der ikke angår leje af lokaler, er meningsløs, såfremt der ikke sker regulering konsekvent i alle situationer, idet et lokale ikke kan eksistere løsrevet fra den grund, som lokalet er placeret på.

Såfremt det havde været hensigten, at der generelt ikke måtte medgå værdi af grundarealer direkte eller indirekte ved værdiansættelsen, må det forudsættes at fremgå direkte af bestemmelsen, ligesom det burde reguleres nærmere, hvorledes denne regulering skulle finde sted.

at Finanstilsynet i øvrigt anerkender, at grundarealer for så vidt angår visse ejendomme har påvirkning på lejebetalingen for lokaler, og anerkender, at grundarealer i et meget betydeligt antal sager har indflydelse på lejebetalingen.

Finanstilsynet anerkender, at grundarealet som hovedregel har betydning for den for ejendommen beregnede leje, ligesom Finanstilsynet ikke konsekvent anser det for nødvendigt at foretage regulering jf. ovenfor.

Der henvises endvidere til **bilag B**, hvoraf fremgår at der ved den af Finanstilsynet udarbejdede rentabilitetsberegning er medtaget ”nutidsværdi af merleje” for så vidt angår den ene af ejendommens lejemål.

Det fremgår endvidere af Finanstilsynets afgørelse af 24. maj 2000, hvor det af afgørelsen fremgår: "Finanstilsynet meddelte, at udvendige parkerings- og lagerarealer er en nødvendig forudsætning for at kunne drive byggemarkedsvirksomhed. Det indhegnede grundareal kan derfor ikke indgå med en selvstændig lejeværdi, idet det er indregnet i den fastsatte leje på bygningerne".

Afgørelsen vedlægges som **bilag C**.

Det er således efter Ks opfattelse fast praksis blandt alle realkreditinstitutter, at der ikke generelt foretages opsplitting af en ejendoms leje i lokaleleje og anden leje.

Hvis det forudsættes, at bestemmelsen hverken direkte eller indirekte hjemler adgang til, at værdien af grundarealer indgår ved værdiansættelsen, giver det ikke mening, at værdien medgår i en lang række sager.

at en fortolkning af bestemmelsen, hvorefter værdien af visse arealer kan indgå i værdiansættelsen og andre ikke kan, er uden hjemmel.

Da værdien af et lokale ikke kan ses isoleret fra, at lokalet er placeret på en grund indgår grunden således indirekte i enhver lokaleleje. Konsekvensen af Finanstilsynets fortolkning er, at visse grundarealer ikke kan medgå i værdiansættelsen. I den konkrete sag synes det som om, at det er grundens atypisk store størrelse, der bevirker, at Finanstilsynet ikke anerkender, at værdien medtages.

En fortolkning af bestemmelsens ordlyd, hvorefter det anerkendes, at visse grundarealer har betydning for værdiansættelsen, mens andre ikke har, er imidlertid ganske uden hjemmel.

Såfremt der på baggrund af bestemmelsens anvendelse af begrebet ” bruttolejen for de pågældende lokaler ...” anlægges en snæver ordlydsfortolkning, er det meningsløst at indfortolke, at visse grundværdier indirekte kan medregnes.

at Finanstilsynets fortolkning er i direkte modstrid med ordlyden af værdiansættelsesbekendtgørelsens § 1, stk. 2, 3. punktum.

Værdiansættelsesbekendtgørelsens § 1, stk. 2, 3. punktum, har følgende ordlyd:

”Endvidere kan ved værdiansættelsen af kontor- og forretningsejendomme ... alene grund, bygninger og bygningstilbehør indgå i belåningsgrundlaget, jf. dog stk. 10.”

Bestemmelsen angiver således ganske entydigt, at værdien af grundarealer kan indgå ved værdiansættelse af kontor- og forretningsejendomme

En snæver ordlydsfortolkning af § 8, stk. 1, der fører til, at grundarealer ikke kan medtages i låneudmålingsgrundlaget, må vige for bekendtgørelsens ganske klare ordlyd, hvorefter værdien af grundarealer medtages.

Henvisningen i § 1, stk. 2, vil således være meningsløs, såfremt § 8, stk. 1, skulle fortolkes således, at grundarealer delvist eller generelt var diskvalificeret fra at indgå i værdiansættelsen.

at Finanstilsynets fortolkning er i direkte modstrid med ordlyden af værdiansættelsesbekendtgørelsens § 35

Værdiansættelsesbekendtgørelsens § 35 har følgende ordlyd:
"Værdiansættelsen foretages på grundlag af oplysninger om ejendommens grundareal, bygninger, tilbehør, rettigheder og forpligtelser, herunder bebyggelsesregulerende bestemmelser. Der skal endvidere foreligge oplysning om ejendommens senest offentliggjorte ejendomsværdi samt fornødne oplysninger til bedømmelse af ejendommens forretningsmuligheder m.v., herunder lejekontrakter, lejelister eller lignende forhold, der påvirker ejendommens værdi ..."

Bestemmelsens henvisning til dels grundareal dels ejendommens forretningsmuligheder vil være meningsløs, såfremt Finanstilsynets fortolkning lægges til grund.

at en fortolkning, hvorefter værdien af visse grundarealer ikke kan medtages ved værdiansættelsen, er ikke i overensstemmelse med realkreditlovgivningens formål og intention.

Det fremgår eksplicit af realkreditlovens § 11, stk. 4, at værdien af grundarealet kan medtages som et selvstændigt element – ved siden af bygninger og bygningstilbehør – i værdiansættelsen.

Endvidere slår § 10, stk. 2, fast, at det helt overordnede princip for værdiansættelsen er, at værdien skal fastsættes ud fra, hvad en investor vil betale for den pågældende ejendom. Bekendtgørelsens rentabilitetsberegningssprincipper tilsigter da også at tage udgangspunkt i overvejelser, som en investor vil gøre sig ved køb af en ejendom.

En læsning af disse bestemmelser viser, at det ikke har været lovgivers hensigt at lægge begrænsninger for værdiansættelsen hvad angår grundarealer.

De beregningsmetoder som Finanstilsynet anviser, må forstås som teknikker til at nå frem til en værdi, der svarer til markedsværdien. Såfremt en i bekendtgørelsen anvist beregningsteknik medfører, at der nås en værdiansættelse, der adskiller sig betydeligt fra, hvad en given markedsværdi måtte være, må udgangspunktet være, at loven ikke hjemler en sådan værdiansættelsesteknik. Værdiansættelsen skal netop - overordnet set - afspejle markedsværdien.

Bestemmelser i værdiansættelsesbekendtgørelsen må derfor fortolkes i overensstemmelse hermed.

at bekendtgørelsen med den af tilsynet anførte fortolkning ikke har hjemmel i realkreditloven.

Bekendtgørelsen er udstedt af Finanstilsynet med hjemmel i blandt andet realkreditlovens § 12, der har følgende ordlyd:

”Stk. 1. Finanstilsynet fastsætter nærmere regler om værdiansættelse.

Stk. 2. Finanstilsynet kan fastsætte begrænsninger i adgangen til at medregne tilbehør som nævnt i § 11, stk. 4.

Stk. 3. Finanstilsynet kan fastsætte regler om adgangen til at fravige § 10, stk. 2 og 3, ved belåning af ejendomme ejet af offentlig myndighed og ved udlån mod fuld offentlig garanti.”

Realkreditlovens § 11, stk. 4, har følgende ordlyd:

”Ud over grund og bygninger kan bygningstilbehøret, jf. tinglysningslovens § 38, samt det faste tilbehør i tinglysningslovens § 37, stk. 1 nævnte tilbehør, der er omfattet af tinglyst pantebrev i den faste ejendom, medtages ved værdiansættelsen af ejendommen.”

Lovens § 12, stk. 2, giver således alene Finanstilsynet hjemmel til i bekendtgørelsesform at foretage begrænsninger i værdiansættelsen for så vidt angår bygningstilbehør. Hjemlen henviser til § 11, stk. 4 - men angår alene begrænsninger for så vidt angår bygningstilbehøret - og altså ikke grund og bygninger, som udtrykkeligt er nævnt i bestemmelsen som elementer, der medtages i værdiansættelsen.

Bemyndigelsen giver hjemmel til nærmere at regulere, hvordan grundværdi skal medgå ved værdiansættelsen, men giver ikke hjemmel til at afskære muligheden for at medtage grundværdien.

En fortolkning af bestemmelsen, hvorefter værdien af grundarealet generelt ikke kan medtages i værdiansættelsen, er således i strid med realkreditlovens ordlyd og formål.

at værdiansættelsesbekendtgørelsens § 9, stk. 4, ikke udtømmende regulerer, hvorledes der skal forholdes med værdiansættelse af grundarealer.

Det bestrides at værdiansættelsesbekendtgørelsen § 9, stk. 4, udtømmende skulle regulere, hvorledes værdien af et grundareal kan medtages i belåningsgrundlaget.

Der henvises i den forbindelse til værdiansættelsesbekendtgørelsens § 1, stk. 2, hvoraf det fremgår, at der generelt er mulighed for at medtage værdien af grunden for så vidt angår kontor- og forretningsejendomme. Det bemærkes i øvrigt, at bestemmelsen i § 9, stk. 4, angår situationen, hvor der indgår et

udstykningspotentiale i værdiansættelsen, der retfærdiggør et tillæg til en rentabilitetsberegning.

...”

I det i K A/S' skrivelse nævnte bilag B er følgende anført:

”Besigtigelses-/vurderingsrapport

Vedr.: A, X-by

...

Ejendommen

Velbeliggende erhvervsjendom i udmærket nyt erhvervskvarter D Nord tæt ved motorvejen. Kvarteret er præget af mange ejendomme, som betjener transportindustrien.

Grundarealet er 34.039 m², og herpå er i 2003 opført en erhvervsbygning bestående af et lastvogns-/containerværksted med alle tilhørende faciliteter samt i forbindelse hermed en moderne kontorbygning.

Rundt om bygningen er et stort befæstet areal med SF-sten for parkering til ejendommens medarbejdere og gæster.

Bag bygningen er desuden et større areal befæstet med stabilt grus, og 17.060 m² heraf indgår i lejemålet med den ene af ejendommens to lejere C A/S.

Ks værdiansættelse

K har værdiansat ejendommen som følger:

B	Kontor 144 m ² x kr. 750	kr.	108.500
B	Lager 1.858 m ² x kr. 400	kr.	743.200
C	Kontor 291 m ² x kr. 750	<u>kr.</u>	<u>218.250</u>
	Bruttoleje	kr.	1.069.450
	+ godkendt forhøjelse i 2 år: 5% af kr. 2.160.000	<u>kr.</u>	<u>108.000</u>
	Reguleret bruttoleje	kr.	1.177.450
	Driftsudgifter 2.293 m ² x kr. 152,58	kr.	349.860
	- reg. driftsudg. 5% af kr. 349.860	<u>kr.</u>	<u>17.493</u>
	Nettoleje	kr.	810.097
	Forrentning af deposita og/eller forudbetalt leje 2% af 1.350.000	<u>kr.</u>	<u>27.000</u>
	Reguleret nettoleje	kr.	837.097
	Kapitaliseret værdi, faktor 15	kr.	12.556.455
	+ Nutidsværdi af merleje	<u>kr.</u>	<u>6.108.640</u>
	Rentabilitetsværdi	kr.	18.665.095

Afrundet rentabilitetsværdi

kr. 18.600.000

Finanstilsynets kommentarer

Finanstilsynet er ikke enig i Ks ovenstående værdiansættelse, idet to forhold skal påpeges:

1. I vurderingen (rentabilitetsberegningen) er medtaget 2 års lejeforhøjelser (2 x 2,5%) af faktisk leje, eller i alt kr. 108.000,-.

Finanstilsynet skal gøre opmærksom på, at efter værdiansættelsesbekendtgørelsen § 8, stk. 3, kan 2 års aftalt lejeforhøjelse kun medtages for lejemål, som er udlejet til en leje, der er lavere end markedslejen. Ved beregning af lejeværdi er for begge lejemål anvendt markedsleje, som er lavere end den faktiske leje, hvorfor reglen om 2 års lejeforhøjelse ikke kan anvendes.

Vedrørende lejemålet med B er den faktiske leje i alt kr. 1.140.000,-, og markedslejen er ansat til kr. 108.000,- + kr. 743.200,-, eller i alt kr. 851.200,-.

Såfremt lejers soliditet m.v. tilsiger dette, kan nutidsværdien af merlejen i lejers uopsigelsesperiode (ca. 5½ år) tillægges rentabilitetsberegningens resultat, jf. § 9, stk. 2.

Faktisk leje	kr. 1.140.000,-
Markedsleje	<u>kr. 851.000,-</u>
Merleje	kr. 288.800,-

Nutidsværdi v. rente 5%: ca. kr. 1.450.000,-

2. I vurderingen er der til rentabilitetsresultatet tillagt "Nutidsværdi af merleje" kr. 6.108.640,-.

Ifølge lejekontrakten med C A/S, punkterne 1.1, 1.2 og 2.1 udgør det lejede ca. 291 m² bygningsareal og ca. 17.060 m² parkeringsareal, som alene må anvendes til kontor/administration, parkering af lastvognstrailere, trailerudlejning, køb og salg af disse, dækcenter, engrossalg og showroom, distribution med tilhørende lager, samt aktiviteter, der har forbindelse med ovenstående.

I henhold til værdiansættelsesbekendtgørelsen § 8, stk. 1, kan kun bruttolejen for lejbærende lokaler medtages i rentabilitetsberegningen. Se bemærkningerne i rapporten vedrørende fortolkningen af værdiansættelses-bekendtgørelsen.

Dette medfører, at alene markedslejen for de 291 m² lejbærende arealer kan medtages i rentabilitetsberegningen og således ikke nutidsværdien af merlejen, som omfatter de ca. 17.060 m² parkeringsareal.

Finanstilsynets værdiansættelse

Herefter fremkommer følgende værdiansættelse:

B	Kontor 144 m ² x kr. 750	kr. 108.500
B	Lager 1.858 m ² x kr. 400	kr. 743.200
C	Kontor 291 m ² x kr. 750	<u>kr. 218.250</u>
Bruttoleje		kr. 1.069.950
Driftsudgifter iflg. NK		kr. 349.860
Forrentning af deposita		<u>kr. 27.000</u>
Reguleret nettoleje		kr. 747.090
Kapitaliseret værdi, faktor 15		kr. 11.206.350
+ Nutidsværdi af merleje for B		
ca. 5 ½ år, 5%		kr. 1.450.000
+ Værdi af frastykket grund ca. 7.000 m ²		<u>kr. 1.000.000</u>
(40% belåning)		
Samlet værdiansættelse		kr. 13.656.350
Afrundet værdi		<u>kr. 13.660.000</u>

Finanstilsynet har i anledning af klagen i skrivelse af 3. januar 2005 blandt andet anført følgende:

”Sagsfremstilling

I dagene **10.-19. maj 2004** foretog Finanstilsynet en undersøgelse i K A/S. I den forbindelse gennemgik Finanstilsynet materiale vedrørende selskabets belåning af ejendommen A, X-by, og besluttede på baggrund heraf at udvælge ejendommen til besigtigelse og nærmere vurdering af den værdiansættelse, der lå til grund for selskabets belåning. Kopi af K A/S' oprindelige vurderingsrapport vedlægges som **bilag 1**.

Finanstilsynet foretog den **22. juni 2004** en besigtigelse af ejendommen sammen med en repræsentant fra K A/S.

Den **7. september 2004** sendte Finanstilsynet et udkast til en rapport i høring hos K A/S.

I rapportudkastet konstaterede Finanstilsynet vedrørende ejendommen A, X-by, at der i instituttets vurdering var tillagt en 'nutidsværdi af merleje' på kr. 6.108.640. Finanstilsynet anførte, at det var tilsynets opfattelse, at 'merlejen' alene kunne tilskrives ejendommens store parkeringsareal på 17.000 m². Finanstilsynet fandt derfor, at 'merlejen' ikke kunne indgå i værdiansættelsen. Finanstilsynet vurderede ejendommens værdi til kr. 13.250.000 mod K A/S' værdiansættelse på kr. 18.600.000. På den baggrund var det Finanstilsynets hensigt at pålægge instituttet at nedbringe lånet.

Finanstilsynet bemærkede i øvrigt, at der var ansat en meget lav forretningsprocent for ejendommen. På grund af vanskeligheder med at finde brugbare referenceejendomme havde tilsynet dog ikke ladet dette forhold indgå i tilsynets værdiansættelse.

Kopi af Finanstilsynets rapportudkast vedlægges som **bilag 2**.

Finanstilsynets rapportudkast blev drøftet på et møde hos K A/S den **6. oktober 2004**.

Ved brev af **18. oktober 2004** fremsendte K A/S yderligere redegørelse for sin opfattelse af den korrekte værdiansættelse af ejendommen A, X-by. Begge lejemål i ejendommen omfattede såvel lokaler som et større udendørs areal, og det var fælles for de to lejeaftaler, at der ikke var angivet en særskilt lejebetaling for det udendørs areal. For begge lejemål havde K A/S vurderet, at der var tale om lokaleleje, som var forhøjet pga. de tilhørende udendørs arealer. Det ene lejemål faldt med det meget store udendørs areal naturligvis i øjnene, men i princippet svarede det til, at den, der lejede kontorlokaler, uden særskilt betaling fik adgang til et antal parkeringspladser eller et haveanlæg. K var bl.a. af den opfattelse, at Finanstilsynet havde behandlet de to lejemål på ejendommen forskelligt ved værdiansættelsen.

K A/S' brev vedlægges som **bilag 3**.

Finanstilsynet sendte en endelig rapport vedrørende værdiansættelser til K A/S den **25. oktober 2004**. Finanstilsynet gentog, at 'merlejen' alene kunne tilskrives ejendommens store parkeringsareal, og fandt på den baggrund, at værdiansættelsen ikke overholdt rammerne i bekendtgørelse om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling.

Finanstilsynet fortolkede - som meddelt K i 2002 - bekendtgørelsen således, at medtagelsen af værdien af grundarealer udtømmende var reguleret i § 9, stk. 4, hvorefter resultatet af en rentabilitetsberegning kunne tillægges værdi af et grundstykke, hvis grundstykket kunne frasælges ejendommen. I samme forbindelse havde Finanstilsynet fortolket bekendtgørelsens § 8, stk. 1, således, at den bruttoleje, der blev ansat til brug for rentabilitetsberegningen, alene omfattede lokaler. Der ville således ikke i en rentabilitetsberegning kunne indgå en grundleje, hverken direkte eller indirekte.

Finanstilsynet var af den opfattelse, at den merleje, som kunne indgå i en rentabilitetsberegning efter § 9, stk. 2, svarende til § 8, stk. 2, alene kunne vedrøre leje af lokaler og ikke af grundarealer. Som det fremgik af Ks egen værdiansættelse, var markedslejen af de pågældende lokaler væsentligt lavere end den leje, som fulgte af den samlede lejebetaling efter lejekontrakten. Under hensyn til ejendommens karakter fandt Finanstilsynet, der var tale om, at den væsentligt højere leje skyldtes parkeringsarealet, hvorfor værdiansættelsen skulle korrigeres herfor.

Finanstilsynet lagde herefter en værdiansættelse på kr. 13.660.000 til grund og påbød med hjemmel i § 34, stk. 1 og 3, i lov om realkreditlån

og realkreditobligationer m.v. K A/S inden den 1. januar 2005 at nedbringe realkreditlånet eller på anden måde sikre, at lånene var ydet inden for de i loven fastsatte lånegrænser.

Kopi af den endelige rapport til K A/S, hvoraf også Finanstilsynets værdiansættelse fremgår, vedlægges som **bilag 4**.

Den **19. november 2004** er sagen blevet påklaget til Erhvervsankenævnet.

Retligt grundlag

A. Lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v.

Lov nr. 454 af 10. juni 2003 om realkreditlån og realkreditobligationer m.v. bestemmer i § 5, stk. 3, nr. 2, at der inden for en lånegrænse på 60 pct. af en ejendoms værdi kan ydes realkreditlån til kontor- og forretningsejendomme.

Efter lovens § 10, stk. 1 og stk. 2, 1. pkt., skal realkreditinstituttet ansætte en kontantværdi af ejendommen til brug for låneudmålingen. Værdien skal ligge inden for det beløb, som en kyndig erhverver med kendskab til pris- og markedsforholdene for den pågældende type ejendom må skønnes at ville betale for ejendommen (markedsværdi).

§ 12, stk. 1, giver hjemmel til Finanstilsynet til at fastsætte nærmere regler om værdiansættelse. Ifølge stk. 2 kan Finanstilsynet fastsætte begrænsninger i adgangen til at medregne tilbehør som nævnt i § 11, stk. 4, dvs. tilbehør omfattet af tinglysningslovens § 37, stk. 1, og § 38.

Efter § 13, stk. 1, udmåles lån således, at det kontante provenu ligger inden for de i §§ 5-7 anførte lånegrænser. § 13, stk. 2, giver Finanstilsynet hjemmel til at fastsætte nærmere regler om låneudmåling.

Ifølge § 34, stk. 1, påser Finanstilsynet overholdelsen af loven og regler udstedt i medfør af loven. Stk. 3 hjemler, at Finanstilsynet kan give påbud om berigtigelse af forhold, der er i strid med bestemmelser i loven og regler udstedt i medfør af loven. Såfremt et realkreditlån er ydet i strid med loven eller regler udfærdiget i medfør heraf, kan Finanstilsynet med virkning for såvel realkreditinstituttet som låntageren kræve nedbringelse af realkreditlånet, således af de nævnte bestemmelser overholdes.

B. Bekendtgørelser

Bekendtgørelse nr. 774 af 1. september 2003 om afgræsning af ejendoms kategorier og indfrielse af lån ved overgang til anden ejendoms kategori bestemmer i § 11, at der ved kontor- og forretningsejendomme forstås ejendomme, der enten udlejes til administration eller servicevirksomheder m.v., eller som anvendes af ejeren til administration eller servicevirksomhed m.v. Som eksempel på dette nævnes i nr. 1 kontorarealer.

På tidspunktet for Ks lånetilbud var bekendtgørelse nr. 775 af 1. september 2003 om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling gældende.

Ifølge § 5, stk. 1, skal der ved værdiansættelsen af kontor- og forretningsejendomme foretages en rentabilitetsberegning efter bestemmelserne i §§ 6-8, der med tillæg og fradrag i henhold til § 9 danner maksimum for værdiansættelsen.

Rentabilitetsberegningen foretages, jf. § 6, ved at multiplicere ejendommens årlige nettoleje med en faktor, der afspejler markedets afkastkrav for den pågældende ejendomstype i området, ejendommens karakter og sikkerheden for opretholdelse af nettoindtægten på ejendommen.

Ved nettolejen forstås i bekendtgørelsen ejendommens bruttolejeindtægt, jf. § 8, stk. 1-4, der tilgår udlejer, med fradrag af driftsudgifter, som afholdes af udlejer, jf. § 7, stk. 1.

Bruttolejen for de pågældende lokaler kan højest ansættes til den bruttoleje, som de må antages at kunne udlejes til under hensyntagen til såvel instituttets kendskab til de senest indgåede lejekontrakter for og udbuddet af tilsvarende lokaler med hensyn til beliggenhed, art, størrelse, kvalitet, udstyr og vedligeholdelsestilstand (markedslejen), jf. § 8, stk. 1.

§ 9, stk. 2, bestemmer, at såfremt den faktiske leje overstiger markedslejen efter § 8, stk. 1, og lejer ikke for egen regning har foretaget meget store investeringer i lejemålet, og lejers uopsigelighedsperiode er mindre end 10 år regnet fra tilbudstidspunktet, kan nutidsværdien af uopsigelighedsperiodens merleje tillægges rentabilitetsberegningens resultatet, forudsat at en bedømmelse af lejers soliditet, merlejens størrelse og uopsigelighedsperiodens længde gør det rimeligt.

Ifølge § 9, stk. 4, kan rentabilitetsberegningens resultatet tillægges en værdi af et grundstykke, hvis der fra ejendommen kan frasælges et sådant, jf. § 21, stk. 1, og § 26.

Finanstilsynets værdiansættelse af ejendommen

Af hensyn til at skabe klarhed over baggrunden for Finanstilsynets værdiansættelse af ejendommen A, X-by, vil tilsynet i det følgende redegøre nærmere for sin værdiansættelse som et supplement til værdiansættelsen, som den fremgår af bilaget til rapporten sendt til K A/S.

Ejendommen A, X-by, er en kontor- og forretningsejendom og skal derfor værdiansættes efter §§ 5-9 i bekendtgørelsen om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling.

Værdiansættelse af kontor- og forretningsejendomme sker generelt ved hjælp af en rentabilitetsberegning. Til brug herfor skal fastsættes en kapitaliseringsfaktor, der afspejler markedets afkastkrav. Derudover skal der fastsættes en nettoleje for ejendommen med udgangspunkt i en bruttoleje.

Ejendommen har to lejemål, det ene med B og det andet med C. For begge lejemåls vedkommende er der tale om kontrakter, hvor alene den samlede lejebetaling angives. Lejekontrakterne angiver således ingen leje for grundarealer specifikt.

K A/S har ved instituttets værdiansættelse transformeret lejebetalingen på de to lejemål til en leje for henholdsvis lokaler og grund.

Det er Finanstilsynets fortolkning af reglerne, jf. nedenfor, at der ikke kan indgå grundleje i værdiansættelsen efter reglerne for kontor- og forretningsejendomme.

Til gengæld giver reglerne for værdiansættelse af kontor- og forretnings-ejendomme mulighed for under visse betingelser at medregne en merleje ved værdiansættelsen. Da disse betingelser om lejers soliditet, merlejens størrelse og uopsigelsesperiodens længde vurderes at være opfyldt, har Finanstilsynet taget hensyn til de forhold, der kan betinge en højere værdiansættelse ved at lægge en merleje til grund for det ene af lejemålene, lejemålet med B.

Når Finanstilsynet har valgt ikke at lægge merleje til grund for lejemålet med C, skyldes det, at der herved ville være tale om en oplagt omgåelse af reglerne om grundlejer. Lejemålet med C vedrører ifølge lejekontrakten 291 m² kontorlokaler og ca. 17.060 m² parkeringsareal, og der er således et sådant misforhold, at det er klart, at lejebetalingen primært er baseret på leje af parkeringsarealerne. Som et alternativ har Finanstilsynet, jf. § 9, stk. 4, i bekendtgørelse om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling, tillagt værdien af et areal på ca. 7.000 m², som, ifølge K A/S' vurderingsrapport, vil kunne udstykkes. Finanstilsynet er enig med instituttet i, at værdien af dette areal kan ansættes til kr. 1.000.000.

Som anført i K A/S' skrivelse til ankenævnet er der en forskel i Finanstilsynets værdiansættelse ved høringen og ved den endelige rapport på kr. 410.000. Forskellen skyldes, at Finanstilsynet ved en fejl ikke havde medregnet forrentning af depositum ved den første værdiansættelse.

Finanstilsynets fortolkning af regelgrundlaget

Efter Finanstilsynets praksis kan der ikke indgå en leje af et grundareal i værdiansættelsen efter reglerne for kontor- og forretningsejendomme i §§ 5-9 i bekendtgørelse om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling.

I § 6, hvor rentabilitetsberegningen for kontor- og forretningsejendomme defineres overordnet, henvises der i forbindelse med ejendommens nettoleje til §§ 7 og 8. I § 7, stk. 1, hvor ejendommens nettoleje defineres, henvises vedrørende ejendommens bruttolejeindtægt til § 8, stk. 1-4. Finanstilsynet finder således ikke, at der ved beregningen af ejendommens årlige nettoleje kan indgå yderligere bruttoleje, end den, der omfattes af § 8, stk. 1-4. Den bruttoleje, som omtales § 8, stk. 1-3, er 'bruttolejen for de pågældende lokaler' og 'lokalernes markedsleje'.

Eventuel medtagelse af værdien af grundarealer er efter Finanstilsynets opfattelse udtømmende reguleret i § 9, stk. 4, i bekendtgørelse om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling, hvorefter der i værdiansættelsen kan indgå værdien af grundstykker, der kan frastykkes ejendommen. Der kan således efter tilsynets opfattelse ikke indregnes grundleje ved værdiansættelsen af kontor- og forretningsejendomme.

Finanstilsynet finder således ikke, at bekendtgørelsens ordlyd understøtter en fortolkning af bekendtgørelsen som anført af K A/S, ligesom den omstændighed, at § 9, stk. 4, indeholder en regel for grundstykker, taler imod dette.

Finanstilsynets fortolkning af bekendtgørelse om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling i henseende til grundleje er tidligere meddelt K A/S ved et brev af 18. april 2002 som opfølgning på en undersøgelse af instituttets udlån til kontor- og forretningsejendomme i 2001. Brevet vedlægges som **bilag 5**. Derudover er der som opfølgning på denne og andre undersøgelser sendt et brev af 1. maj 2002 til Realkreditrådet om Finanstilsynets fortolkning af bekendtgørelsen i denne henseende.

Kommentarer til K A/S' anbringender

At bruttoleje, jf. værdiansættelsesbekendtgørelsens §§ 5 til 9, omfatter alle ejendommens lejeindtægter og ikke snævert kan begrænses til den del af ejendommens lejeindtægt, der angår leje af lokaler.

Finanstilsynet skal henvise til tilsynets kommentarer ovenfor vedrørende fortolkning af regelgrundlaget.

At der ikke er hjemmel til at fortolke bruttolejebegrebet, jf. værdiansættelsesbekendtgørelsens § 8, stk. 1, således, at realkreditinstituttet til brug for rentabilitetsberegningen skal foretage opsplitning af ejendommens lejeindtægter.

Finanstilsynet skal henvise til tilsynets kommentarer ovenfor vedrørende fortolkning af regelgrundlaget og det konkrete grundlag for tilsynets afgørelse. Det fremgår i øvrigt ikke nærmere, hvorpå K A/S støtter sin formålsfortolkning, og Finanstilsynet forstår heller ikke, hvorledes en fortolkning i overensstemmelse med ordlyden skulle savne hjemmel i bekendtgørelsen. Finanstilsynet finder ikke, at der i dette tilfælde er

nogen forvaltningsretlige principper, der taler imod en ordlydsfortolkning, eller kræver en mere 'klar' hjemmel.

At Finanstilsynets fortolkning, hvorefter grundarealer aldrig hverken direkte eller indirekte kan påvirke værdiansættelsen, er meningsløs, medmindre en sådan opsplitting finder sted ved alle værdiansættelser.

Finanstilsynet skal hertil bemærke, at tilsynet ikke kan genkende indholdet af tilsynets fortolkning i det anførte, da tilsynet aldrig har påstået, at lokalelejen er uafhængig af lokalernes placering på en konkret grund.

Finanstilsynet har ovenfor redegjort for årsagen til, at tilsynet konkret har lagt lokalernes markedsleje til grund i stedet for en merleje. Der er, som også beskrevet, tale om et meget specielt tilfælde. Det kan oplyses, at det ikke er Finanstilsynets praksis generelt at kræve en opsplitting af lejebetaling i leje for lokaler og leje for grundarealer.

At Finanstilsynet i øvrigt anerkender, at grundarealer for så vidt angår visse ejendomme har påvirkning på lejebetalingen for lokaler, og anerkender, at grundarealer i et meget betydeligt antal sager har indflydelse på lejebetalingen.

Da Finanstilsynet lægger til grund, at Erhvervsankenævnets sagsbehandling alene angår den konkrete sag, vil tilsynet undlade at udtale sig om lejemarkedet generelt.

Vedrørende det af instituttet anførte vedrørende en afgørelse af 24. maj 2000 kan Finanstilsynet bekræfte, at det er tilsynets praksis at udvendige parkerings- og lagerarealer ikke kan indgå med en selvstændig lejevurdering. Særligt gode eller dårlige parkingsforhold kan imidlertid påvirke prisen på kontorlokaler eller forretningslokaler inden for det spænd, som lejen for tilsvarende lokaler ligger på. I nærværende tilfælde er det imidlertid åbenlyst, at parkeringsfaciliteterne i sig selv og ikke alene kontorlokalerne er bærende i lejebetalingen.

At en fortolkning af bestemmelsen, hvorefter værdien af visse arealer kan indgå i værdiansættelsen og andre ikke kan, er uden hjemmel.

Der henvises til det ovenfor anførte.

At Finanstilsynets fortolkning er i direkte modstrid med ordlyden af værdiansættelsesbekendtgørelsens § 1, stk. 2, 3. pkt.

§ 1, stk. 2, 3. pkt., i bekendtgørelse om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling er en generel bestemmelse. Den nærmere 'teknik' bag værdiansættelsen for de enkelte ejendomsstyper fastsættes under de enkelte afsnit i bekendtgørelsens kapitel 1, se eksempelvis § 16 og § 18, stk. 2. Det er i øvrigt Finanstilsynets opfattelse, at sigtet med § 1, stk. 2, 3. pkt., er at udelukke medregningen af erhvervstilbehør, jf. tinglysningslovens § 37, stk. 1.

At Finanstilsynets fortolkning er i direkte modstrid med ordlyden af værdiansættelsesbekendtgørelsens § 35.

§ 35 indgår i kapitel 4 om besigtigelse og sagsdokumentation. Bestemmelsens funktion er at sikre, at der generelt ved værdiansættelser foreligger de fornødne oplysninger om ejendommen. Finanstilsynet står derfor helt uforstående over for K A/S' synspunkt i den henseende.

At en fortolkning, hvorefter værdien af visse grundarealer ikke kan medtages ved værdiansættelsen, ikke er i overensstemmelse med realkreditlovgivningens formål og intention.

Finanstilsynet finder ikke, at tilsynets fortolkning af bekendtgørelsen forhindrer, at værdien af grundarealer kan indgå i værdiansættelsen. Dette skal blot ske efter den i bekendtgørelsen fastsatte værdiansættelsesteknik. For kontor- og forretningsejendomme kan dette som nævnt ske ved at tillægge vurderingen en pris for arealer, der kan frastykkes ejendommen. Realkreditinstitutter kan alternativt vælge at værdiansætte kontor- og forretningsejendomme ud fra værdien af det samlede grundareal alene, hvilket i visse tilfælde vil give en højere værdiansættelse.

§ 12, stk. 1, i lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v. overlader til Finanstilsynet at fastsætte nærmere regler om værdiansættelsen. Både før og efter lovens vedtagelse har der været tale om omfattende regler. Undertiden foreskrives der værdiansættelsesmetoder, som kan forefindes anderledes i markedet. Der er imidlertid behov for ensartede værdiansættelsesregler på realkreditområdet, hvis bl.a. overbelåning og konkurrenceforvridning mellem realkreditinstitutterne skal undgås. En henvisning til begrebet 'markedsværdi' alene giver således ikke noget særligt vejledende grundlag. Særlig i relation til markedets kapitalisering af grundlejer kan det bemærkes, at dette i højere grad end for lokalelejer vil være betinget af, om der konkret findes en lejer på ejendommen eller ej. Herved bliver grundlejer et udtryk for kapitalisering baseret på kreditværdighed hos en lejer.

Vedrørende § 11, stk. 4, i lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v. er funktionen af denne bestemmelse at give hjemmel til, at erhvervstilbehør og bygningstilbehør generelt kan indgå i belåningsgrundlaget. I bemærkningerne til § 11 i L 177 fremsat den 12. marts 2003 hedder det indledningsvis, at bestemmelsen fastsætter de krav, der stilles til låntagers adkomst til den pantsatte ejendom, og regulerer realkreditinstitutternes belåning af tilbehør til fast ejendom. At § 11, stk. 4, omhandler tilbehør, fremgår også af bemærkningerne til stk. 4.

At bekendtgørelsen med den af tilsynet anførte fortolkning ikke har hjemmel i realkreditloven.

Som nævnt ovenfor er Finanstilsynet ikke enig i, at værdien af grundarealer ikke kan indgå i værdiansættelsen efter bekendtgørelsen og tilsynets fortolkning heraf.

Vedrørende hjemlen i § 12, stk. 2, i lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v. for Finanstilsynet til at begrænse afgang til at medregne tilbehør som nævnt i § 11, stk. 4, dvs. erhvervs- og bygningstilbehør, er denne hjemmel en nødvendig præcisering i forhold til tidligere lovgivning. Årsagen er, at visse typer af tilbehør, både før og efter lovens vedtagelse, helt er undtaget fra en belåningsadgang i modsætning til, hvad der ellers kunne udledes af § 11, stk. 4. Dette er imidlertid som beskrevet ikke tilfældet for grundarealer.

At værdiansættelsesbekendtgørelsens § 9, stk. 4, ikke udtømmende regulerer, hvorledes der skal forholdes med værdiansættelse af grundarealer.

Der henvises til det ovenfor anførte.

...”

K A/S har i skrivelse af 10. marts 2005 yderligere anført:

”...

Til brug for værdiansættelse af ejendommen skal der fastsættes en lejeindtægt.

Det principielle spørgsmål er, om der ved fastsættelse af ejendommens lejeindtægter jf. ejendoms-kategoribekendtgørelsens § 6 til § 8 alene kan medgå indtægter, der i snæver forstand kan føres tilbage til leje for **lokaler**, eller hvorvidt ejendommens **samlede lejeindtægter** (herunder leje der må tilskrives udenomsarealer m.v.) kan medgå.

Ejendoms-kategoribekendtgørelsens § 8, stk. 1, har følgende ordlyd:

”Bruttolejen for de pågældende lokaler kan højst ansættes til den bruttoleje, som de må antages at kunne udlejes til under hensyntagen til såvel instituttets kendskab til de senest indgåede lejekontrakter for og udbuddet af tilsvarende lokaler med hensyn til beliggenhed, art, størrelse, kvalitet, udstyr og vedligeholdelsesstand (markedslejen). Såfremt der i lokalområdet ikke findes sammenlignelige ejendomme, med nyere lejeudbud, ansættes markedslejen under hensyntagen til markedslejeniveauet for tilsvarende lokaler i tilsvarende lokalområder”.

Ankesagen angår to helt centrale problemstillinger vedrørende forståelsen af denne bestemmelse:

1) Hvilken del af ejendommens lejeindtægter kan indgå i bruttolejen

Det er Ks opfattelse, at det er ejendommens samlede lejeindtægter, der skal indgå i bruttolejen under forudsætning af, at der er tale om indtægter, der med stor sandsynlighed også vil kunne erholdes også hos evt. kommende lejere, og som sådan påvirker den pris en investor vil betale for ejendommen.

2) Er der hjemmel til at diskvalificere anden leje end lokaleleje i snæver forstand

Det er Ks opfattelse, at loven fastsætter, at den samlede værdi af den faste ejendom skal kunne indgå i låneudmålingsgrundlaget og dermed være genstand for belåning. Såfremt der er visse dele af den faste ejendom, der generelt ikke skal indgå i låneudmålingsgrundlaget, kræver en sådan undtagelse fra hovedreglen en klar lovhjemmel.

--- o 0 o ---

Ad 1.

Vedr.: Ordlydsfortolkning

Finanstilsynet finder ikke, at bekendtgørelsens ordlyd understøtter en fortolkning ... som anført af K.

Det bestrides imidlertid, at bestemmelsen skal fortolkes ud fra en ordlydsfortolkning.

I forbindelse med bestemmelsens koncipering og tidligere praksis har det ganske åbenbart ikke været hensigten, at alene indtægter, der kan tilskrives lokaleleje, skulle indgå i bruttolejen. Det har tværtimod været hensigten at ejendommens samlede lejeindtægter skal medregnes.

Der henvises i den forbindelse til den af Finanstilsynet udarbejdede "Vejledning til bekendtgørelse om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling" af april 1998.

Det fremgår af kommentaren til § 7:

"I nettolejen kan andre lejeindtægter end leje af bygninger/lokaler (med tilhørende grundareal) indgå - eksempelvis særskilte indtægter fra udleje af facader til skiltning eller særskilt lejeindtægt på udleje af grundareal ..."

...

Når det derfor i Finanstilsynets indlæg ... anføres, at: "Efter Finanstilsynets praksis kan der ikke indgå leje af et grundareal i værdiansættelsen ...", bør det for fuldstændighedens skyld tilføjes, at

dette er en ganske ny praksis, at denne praksis aldrig har været prøvet, samt at praksis hidtil har været, at alle ejendommens lejeindtægter kan medgå i bruttolejen.

Vedr.: Bestemmelsens henvisning til begrebet "lokaleleje"

Bestemmelsens henvisning til begrebet "lokaleleje", er ikke udtryk for, at ejendommens samlede indtægter ikke skal indgå i bruttolejen. Henvisningen må antages at være indsat med henblik på sammenligningslejemål - altså "tilsvarende lokaler".

Bestemmelsens hensigt må således være at angive, at markedslejen højest må ansættes til den leje, der kan opnås for tilsvarende lokaler "*med hensyn til beliggenhed, art, størrelse, kvalitet, udstyr og vedligeholdelsesstand*" (citater fra § 8, stk. 1.)

Instituttet kan således ikke fastsætte en høj kvadratmeter lokaleleje på en ejendom uden udenomsarealer på baggrund af en sammenligning af en kvadratmeter lokaleleje på en ejendom, hvor lejeindtægten er påvirket af store udenomsarealer.

Bestemmelsen skal således forhindre at den indirekte påvirkning, som udenomsarealer - eller andre forhold kan have på lejefastsættelsen, får afsmittende virkning ved fastsættelse af markedslejen på baggrund af sammenligningslejemål.

Når bestemmelsen henviser til lokaleleje, er dette med henblik på korrekt anvendelse af sammenligningslejemål, og ikke et udtryk for at ejendommens udenomsarealer ikke kan medregnes ved værdiansættelsen.

Vedr.: Indirekte medtagelse af grundleje i låneudmålingsgrundlaget

Finanstilsynets anerkender, at grundleje indirekte påvirker låneudmålingsgrundlaget. Finanstilsynet udtaler ...:

"... tilsynet har aldrig påstået, at lokalelejen er uafhængig af lokalernes placering på en konkret grund".

og ...:

"Særligt gode parkeringsforhold kan imidlertid påvirke prisen for kontorlokaler og forretningslokaler inden for det spænd, som lejen for tilsvarende lokaler ligger på ..."

Det synes således at være tilsynets opfattelse, at udenomsarealer i visse situationer kan medtages - særligt, hvis de ikke er særligt omfangsrige, hvorimod større arealer ikke vil kunne medtages.

Dette er imidlertid ganske uden hjemmel at skelne mellem særligt store udenomsarealer og sædvanlige udenomsarealer.

Ad 2.

Det er Ks opfattelse, at en fortolkning af værdiansættelsesbekendtgørelsen, hvorefter grundarealer generelt afskæres for at gøres til genstand for realkreditbelåning, ikke er i overensstemmelse med lov om realkreditlån og realkreditobligationer m. v.

Det er korrekt, som anført af Finanstilsynet ..., at ”§ 12, stk. 1, i lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v. overlader det til Finanstilsynet at fastsætte nærmere regler for værdiansættelsen.” Denne regelsætning er imidlertid ikke fuldstændig ubundet, men skal ske i overensstemmelse med lovens ordlyd og intention.

Grundprincippet ved realkredit er, at hele den faste ejendom, det vil sige jord og bygninger, kan gøres til genstand for belåning. § 12, stk. 2 giver ikke Finanstilsynet adgang til generelt at afskære belåning af grundværdier ved kontor- og forretningsejendomme.

En ganske klar lovhjemmel, der angiver hvilke aktivgrupper, der kan danne grundlag for belåning kan ikke begrænses fundamentalt ved anvendelse af en snæver ordlydsfortolkning af en bekendtgørelse.

Det fremgår da også, at i de tilfælde, hvor princippet brydes, og særlige aktivgrupper ikke skal indgå i belåningsgrundlaget, er der anført en direkte hjemmel som eksempelvis i § 12, stk. 1, jf. § 11, stk. 4.

Det fremgår da også af Finanstilsynets skrivelse side ...:

”Vedrørende hjemlen i § 12, stk. 2, i lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v. for Finanstilsynet til at begrænse adgangen til at medregne tilbehør som nævnt i § 11, stk. 4, dvs. erhvervs- og bygningstilbehør, er denne hjemmel en nødvendig præcisering i forhold til tidligere lovgivning. Årsagen er, at visse typer af tilbehør, både før og efter lovens vedtagelse, helt er undtaget fra en belåningsadgang i modsætning til, hvad der ellers kunne udledes af § 11, stk. 4. Dette er imidlertid ikke tilfældet for grundarealer”.

Heraf må følge, at når Finanstilsynet ønsker at begrænse institutternes adgang til at medtage grundarealer ved værdiansættelsen, må dette kræve en særskilt hjemmel - ganske som for erhvervs- og bygningstilbehør.

En sådan hjemmel findes ikke, idet i øvrigt bemærkes, at der hverken ved den nugældende - eller tidligere gældende realkreditlovgivning har været grundarealer, der helt eller delvist er undtaget fra realkreditbelåning.

Konsekvensen heraf er, at bekendtgørelsen må fortolkes i overensstemmelse med lovgivningens intention, hvorfor der ikke er belæg for generelt at afskære realkreditbelåning af værdien af grunden ved kontor- og forretningsejendomme.

...”

Finanstilsynet har i skrivelse af 18. april 2005 yderligere bemærket:

” **Regelgrundlaget**

- a. Fortolkning af bekendtgørelsen om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling

K A/S bestrider, at bekendtgørelsen skal fortolkes ud fra sin ordlyd, og anfører i stedet, at der skal anvendes en formålsfortolkning. I denne formålsfortolkning vil K A/S inddrage hensigten i forbindelse med bekendtgørelsens koncipering.

Finanstilsynet kan ikke tilslutte sig denne fortolkningsmetodes anvendelse på en forvaltningsakt i form af en bekendtgørelse. Der er tale om en metode, som kan benyttes ved fortolkning af en lovbestemmelse. Finanstilsynet finder i stedet, at fortolkningen af bekendtgørelsen må baseres på en sproglig forståelse, sammenholdt med eventuelle fortolkningsbidrag fra lovgrundlaget og fortolkningsprincipper i forvaltningsretten. Finanstilsynets bekendtgørelse er dog samtidig underlagt et legalitetsprincip, jf. spørgsmålet om lovhjemmel nedenfor.

Det er således efter Finanstilsynets opfattelse uden betydning for selve fortolkningen af bekendtgørelsen, hvorledes eksempelvis vejledninger aktuelt eller tidligere har været udformet. Vejledningerne tjener alene til orientering om Finanstilsynets praksis på området.

Det bemærkes dog samtidig, at Finanstilsynet undrer sig over K A/S' manglende indsigt i Finanstilsynets aktuelle praksis vedrørende indregning af leje fra grundarealer ved værdiansættelse af kontor- og forretningsejendomme. Selv om det tidligere som bilag 5 fremlagte brev fra Finanstilsynet til K A/S konkret var foranlediget af instituttets værdiansættelse af tankanlæg, finder Finanstilsynet, at det klart af dette brev og af det tidligere omtalte brev til Realkreditrådet af 1. maj 2002 fremgår, under hvilke forhold værdien af grundarealer efter tilsynets opfattelse kan medgå i en værdiansættelse af kontor- og forretningsejendomme. Endvidere fremgår det af brevet til Realkreditrådet, at realkreditinstitutterne skal se bort fra den tidligere udstedte vejledning på dette punkt, og Finanstilsynet beder i brevet Realkreditrådet om at videreformidle dette til institutterne. Det er derfor overraskende for Finanstilsynet, at K A/S ikke har forstået brevets indhold i overensstemmelse hermed, særligt fordi den tilbagemelding, Finanstilsynet modtog fra Realkreditrådet, viste, at brancheorganisationen havde forstået indholdet.

Når Finanstilsynet ikke valgte at ændre bekendtgørelsen i 2002, var årsagen, at ordlyden fandtes at være dækkende for tilsynets praksis som oplyst over for K A/S og instituttets brancheorganisation.

Vedrørende de nærmere argumenter for Finanstilsynets fortolkning af bekendtgørelsen skal tilsynet henvises til Finanstilsynets brev af 3. januar

2005. Her skal Finanstilsynet blot gentage, at der ikke kan indgå yderligere bruttoleje i beregningen af en ejendoms årlige nettoleje end den, der følger af § 8, stk. 1-4, i bekendtgørelse om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling. Der er ingen indikation i bestemmelsen på, at grundleje kan indgå heri. Dertil kommer, at medregning af værdien af grundarealer er reguleret i § 9, stk. 4, og at denne bestemmelse sammenholdt med § 8, stk. 1, må forstås som udtømmende.

Foranlediget af K A/S' brev af 10. marts 2005 skal Finanstilsynet understrege, at værdien af grundarealer efter tilsynets opfattelse ikke kan medtages i rentabilitetsberegningen andet end under § 9, stk. 4, uanset om de er særligt store eller sædvanlige.

b. Fortolkning af lovgrundlaget

Finanstilsynets udstedelse af regler om værdiansættelse efter legalitetsprincippet må ikke stride mod lovgivningen og skal have hjemmel.

Hjemlen til at udstede regler om værdiansættelse er ganske klar og uden nærmere afgrænsninger. Finanstilsynets udstedelse af regler begrænses herefter af lovgrundlaget i øvrigt, hvorefter bl.a. grundarealer kan belånes.

Finanstilsynet har tidligere anført, at tilsynet ikke er enig i, at bekendtgørelsen forhindrer belåning af grundarealer, men at sådanne i forbindelse med kontor- og forretningsejendomme er underlagt en nærmere angivet metode for værdiansættelsen. Også her skal Finanstilsynet henvise til det tidligere brev til ankenævnet.

Værdiansættelsen

Finanstilsynet har noteret sig, at K A/S er af den opfattelse, at det ikke er muligt at genudleje ejendommen A, X-by, til den faktiske leje, der betales. Det fremgår samtidig, at den samlede årlige merleje (dvs. forskellen mellem den faktiske leje og markedslejen) udgør kr. 1.090.550, mod en samlet markedsleje på kr. 1.069.450.

Det må således konstateres, at K A/S i den konkrete sag påberåber sig retten til ved værdiansættelse af ejendomme at indregne en kapitaliseret merleje baseret på en kreditvurdering af lejerne og ikke retten til at indregne markedsleje af grundarealer. Dette gør for så vidt instituttets bemærkninger vedrørende lovgrundlaget irrelevante.

Derudover skal Finanstilsynet anføre, at tilsynet under hensyn til de af instituttet ansatte markedslejeniveauer ikke finder, at det vil være muligt at indregne en værdi af merleje i uopsigelighedsperioden, jf. § 9, stk. 2, i bekendtgørelse om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling. Det er en betingelse herfor, at en bedømmelse af lejers soliditet, merlejens størrelse og uopsigelighedsperiodens længde gør det

rimeligt. Der er i dette tilfælde et betydeligt misforhold, som ikke taler herfor.

Vedrørende spørgsmålet om mulig frastykning af et grundareal har Finanstilsynet lagt Ks oplysninger om en værdi på 1 mio. kr. til grund, men skal bekræfte, at instituttet har mulighed for at medregne værdien af et større areal, hvis et sådant kan frastykkes. Instituttets nye oplysninger kunne tyde herpå, men Finanstilsynet mangler en nærmere redegørelse fra instituttet for at kunne tage stilling til størrelsen af et sådant tillæg.

Finanstilsynet finder modsat K A/S, at det er uden relevans for værdiansættelsen at se på ejendommens opførelses-omkostninger.

Konklusion

På baggrund af det ovenstående fastholder Finanstilsynet sin afgørelse, idet tilsynet dog skal bekræfte, at K A/S kan indregne værdien af et areal, der kan frastykkes. Værdien af dette areal kan eventuelt være større end det, der er lagt til grund i Finanstilsynets afgørelse, idet Finanstilsynet dog til bedømmelse heraf savner en nærmere redegørelse for de faktuelle forhold fra instituttet.

...”

K A/S har i skrivelse af 17. maj 2005 fremsat supplerende bemærkninger til sagen, ligesom Finanstilsynet i skrivelse af 26. maj 2005 er fremkommet med sådanne.

Ankenævnet udtaler:

Efter lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v. § 5, stk. 3, nr. 2, (tidl. realkreditlovens § 26, stk. 2, nr. 2) kan der inden for en lånegrænse på 60% af ejendommens værdi ydes lån til kontor- og forretningsejendomme. Efter lovens § 10 (tidl. realkreditlovens § 41) skal realkreditinstituttet ansætte en kontantværdi af ejendommen til brug for låneudmålingen, og værdien skal ligge inden for det beløb, som en kyndig erhverver med kendskab til pris- og markedsforholdene for den pågældende type ejendom må skønnes at ville betale for ejendommen (markedsværdi). Forhold, der betinger en særlig høj pris, må ikke indgå i værdiansættelsen, ligesom realkreditinstituttet ved værdiansættelsen skal tage hensyn til eventuel risiko for ændringer i markeds- eller strukturforhold. Af lovens § 11, stk. 4, (tidl. realkreditlovens § 42, stk. 4) fremgår, at grund og bygninger medtages ved værdiansættelsen af ejendommen. I lovens § 10, stk. 4,

er specificeret nogle nærmere angivne ejendomme, for hvilke realkreditinstitutterne kan anvende andre værdiansættelsesmetoder end markedsværdi, og ifølge lovens § 12, stk. 3, kan Finanstilsynet fastsætte regler om adgang til at fravige markedsværdiprincippet ved belåning af ejendomme ejet af offentlig myndighed og ved udlån mod fuld offentlig garanti.

I medfør af lovens § 12, stk. 1, og § 13, stk. 2, (tidl. realkreditlovens § 43 og § 44) har Finanstilsynet fastsat nærmere regler om realkreditinstitutternes værdiansættelse og låneudmåling. Af bekendtgørelse om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling (nr. 1148 af 5. december 2005, tidl. blandt andet nr. 775 af 1. september 2003) fremgår blandt andet:

” Kapitel 1

Generelle bestemmelser om værdiansættelse

§ 1. ...

Stk. 2. Værdiansættelsen sker på grundlag af panterettens omfang, ... Endvidere kan ved værdiansættelsen af kontor- og forretningsejendomme samt fritidshuse til udleje alene grund, bygninger og bygningstilbehør indgå i belåningsgrundlaget, ...

...

Værdiansættelse af kontor- og forretningsejendomme

§ 5. Ved værdiansættelsen af kontor- og forretningsejendomme skal der foretages en rentabilitetsberegning efter §§ 6-8, der med tillæg og fradrag i henhold til § 9 danner maksimum for værdiansættelsen.

...

§ 6. Rentabilitetsberegningen foretages ved at multiplicere ejendommens årlige nettoleje inkl. tillæg, jf. §§ 7 og 8, med en faktor, der afspejler markedets afkastkrav for den pågældende ejendomstype i området, ejendommens karakter og sikkerheden for opretholdelse af nettoindtægten på ejendommen.

§ 7. Ved nettolejen forstås i denne bekendtgørelse ejendommens bruttolejeindtægt, jf. § 8, stk. 1-4, der tilgår udlejer, med fradrag af driftsudgifter, som afholdes af udlejer.

...

§ 8. Bruttolejen for de pågældende lokaler kan højst ansættes til den bruttoleje, som de må antages at kunne udlejes til under hensyntagen til såvel instituttets kendskab til de senest indgåede lejekontrakter for og udbuddet af tilsvarende lokaler med hensyn til beliggenhed, art, størrelse, kvalitet, udstyr og vedligeholdelsestilstand (markedislejen). ...

...

§ 9. ...

...

Stk. 2. Såfremt den faktiske leje overstiger markedslejen efter § 8, stk. 1, og lejer ikke for egen regning har foretaget meget store investeringer i lejemålet, og lejers uopsigelighedsperiode er mindre end 10 år regnet fra tilbudstidspunktet, kan nutidsværdien af uopsigelighedsperiodens merleje tillægges rentabilitetsberegningens resultat, forudsat at en bedømmelse af lejers soliditet, merlejens størrelse og uopsigelighedsperiodens længde gør det rimeligt. ...

...

Stk. 4. Såfremt der fra ejendommen kan frasælges et grundstykke, kan rentabilitetsberegningens resultat tillægges en værdi heraf, jf. § 22, stk. 1 og § 27 [tidl. § 21, stk. 1, og § 26].

...

Kapitel 4 Besigtigelse og sagsdokumentation

...

§ 36 [tidl. § 35]. Værdiansættelsen foretages på grundlag af oplysninger om ejendommens grundareal, bygninger, tilbehør, rettigheder og forpligtelser, herunder bebyggelsesregulerende bestemmelser. Der skal endvidere foreligge oplysning om ejendommens seneste offentliggjorte ejendomsværdi samt fornødne oplysninger til bedømmelse af ejendommens forretningsmuligheder m.v., herunder lejekontrakter, lejelister eller lignende samt andre forhold, der påvirker ejendommens værdi. ...”

Af ”Vejledning til bekendtgørelse om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling” udgivet af Finanstilsynet i april 1998 fremgår blandt andet:

”§ 7 og vejledning til § 7

...

I nettolejen kan andre lejeindtægter end leje af bygninger/lokaler (med tilhørende grundareal) indgå – eksempelvis særskilte indtægter fra udleje af facader til skiltning eller særskilt lejeindtægt på udleje af grundareal. Forudsætningen herfor er, at de pågældende lejeindtægter med stor sandsynlighed vil kunneeholdes også hos andre, eller lejebetalingen er sikret som nævnt i § 8, stk. 2. Er der således eksempelvis tale om, at grundlejen oppebæres hos en nabo, hvis virksomhed har behov for at kunne benytte arealet, vil lejen ikke kunne kapitaliseres – medmindre lejebetalingen er sikret i mindst 10 år (og lejeren er solid), da det ikke må lægges til grund, at behovet for leje af arealet vil være uforandret. (Er den sikre periode mindre end 10 år, vil nutidsværdien af lejebetalingen

under forudsætning af lejers soliditet kunne tillægges rentabilitetsberegningens resultatet).

...

§ 8 og vejledning til § 8

...

Ved fastlæggelsen af ejendommens markedsleje foretages en opsplitning af ejendommen, således at der for hver lokaletype (kontor, butik, lager/arkiv m.v.) og for hver lokaletype med forskellig lejeværdi (eksempelvis på grund af forskelle i udstyr eller beliggenhed i tagetage eller kælder) fastsættes en markedsleje pr. m². Det bemærkes herved, at der ofte vil være eksempler på, at visse af ejendommens arealer ikke har selvstændig lejeværdi. Eksempelvis skal nævnes forbindelsestunneler/-glasgange og tagterrasser. Befæstede arealer og P-pladser vil ligeledes ofte alene være en forudsætning for den lejeværdi, der sættes på lokalerne.

...

§ 9 og vejledning til § 9

...

Med hensyn til tillæg for frasalgsværdien af grundstykker skal det præciseres, at merbebyggelsesmuligheder ikke generelt kan tillægges værdi ved ansættelse af belåningsgrundlaget, medmindre der er tale om et grundstykke, der kan udstykkes og frasælges.

Det forhold, at en ejendom kan udvides og derved er mere fleksibel for en bruger eller med hensyn til fastholdelse/tiltrækning af lejere, er så vanskeligt at sætte pris på, at der ikke kan medtages en værdi af merbebyggelsesmuligheden, såfremt der ikke er tale om et grundstykke, der kan frasælges. Hertil kommer, at det typisk alene er i områder med forholdsvist højt markedslejeniveau, at omkostningsniveauet vil kunne give en nettoleje på tilbygningen, der overstiger forrentningen af byggeudgifterne.

Frasalgsmuligheden beror især på de bebyggelsesregulerende bestemmelser og de eksisterende bygningers størrelse og placering på grunden.

I det omfang, der under hensyntagen til de for grundstykket gældende forhold og sammenlignelige grundsalg i området kan fastsættes en salgsværdi, kan denne kun kunne belånes med 40%, jf. § 22.”

Af bekendtgørelse nr. 774 af 1. september 2003 om afgrænsning af ejendoms-kategorier og indfrielse af lån ved overgang til anden ejendoms-kategori fremgår blandt andet:

”Kontor- og forretningsejendomme

§ 11. Ved kontor- og forretningsejendomme, jf. realkreditlovens § 26, stk. 2, nr. 2, forstås ejendomme, der enten udlejes til administration eller servicevirksomheder m.v., eller som anvendes af ejeren til administration eller servicevirksomhed m.v. Herunder kan nævnes:

- 1) Kontorarealer, medmindre de er en integreret del af en ejendom til industri- eller håndværksmæssige formål og betjener denne eller har en sådan indretning, at de ikke er almindeligt anvendelige, jf. § 9, stk. 2.

...

§ 14. ...

...

Stk. 3. Grundarealer med bygninger kan belånes efter reglerne for den ejendoms-kategori, bygningerne tilhører, såfremt grundarealets værdi ansættes uden byggeretsværdi. Såfremt der ansættes en byggeretsværdi, jf. § 26 i Finanstilsynets bekendtgørelse om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling, skal værdiansættelse og låneudmåling ske særskilt for henholdsvis grunden, som byggeretsværdien vedrører, og bygningerne med det resterende areal.”

Det følger således af lov om realkreditlån og realkreditobligationer § 10 (tidl. realkreditlovens 41), at der ved værdiansættelse af ejendomme gælder et generelt markedsværdiprincip, som alene kan fraviges i de tilfælde, der er nævnt i lovens § 10, stk. 4, og § 12, stk. 3, og at såvel grund som bygninger medtages ved denne værdiansættelse, jf. lovens § 11, stk. 4 (tidl. realkreditlovens § 42, stk. 4). Værdiansættelse efter markedsværdiprincippet foretages for kontor- og forretningsejendommens vedkommende på grundlag af en rentabilitetsberegning, i hvilken indgår ejendommens årlige nettoleje, der fremkommer ved fra ejendommens bruttolejeindtægt at fradrage driftsudgifter, som afholdes af udlejer, jf. §§ 5-7 i bekendtgørelse om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling. I bekendtgørelsens § 8, stk. 1, angives de nærmere kriterier for den højeste ansættelse af bruttolejen ”for de pågældende lokaler”. I overensstemmelse med lovens § 11, stk. 4, og bekendtgørelsens §§ 5-7 er i bekendtgørelsens § 1, stk. 2, og § 36 (tidl. § 35) anført, at såvel bygninger som grund medtages ved værdiansættelsen af ejendommen, og Finanstilsynets vejledning til be-

kendtgørelsen fra 1998 svarer hertil. Endvidere fremgår af § 14, stk. 3, i bekendtgørelse om afgrænsning af ejendoms kategorier og indfrielse af lån ved overgang til anden ejendoms kategori, at grundarealer med bygninger belånes efter reglerne for den ejendoms kategori, bygningerne tilhører, såfremt grundarealets værdi ansættes uden byggeretsværdi.

Der er enighed om, at den af sagen omhandlede ejendom ved realkreditbelåning henhører under ejendoms kategorien kontor- og forretningsejendomme, og at det omtvistede lejemål i ejendommen med C A/S vedrører et bygningsareal på 291 m², som alene må anvendes til kontor og administration, og et parkeringsareal på ca. 17.000 m², som alene må anvendes til parkering af lastvognstrailere m.v. Der er ikke i lejekontrakten angivet særskilt leje for grundarealer.

På denne baggrund finder ankenævnet, at det ikke er i overensstemmelse med det generelle markedsværdiprincip, som dette er kommet til udtryk i § 10 og § 11, stk. 4, i lov om realkreditlån og realkreditobligationer med tilhørende lovforarbejder, om grund og bygningers medtagelse ved værdiansættelsen af ejendommen, såfremt Finanstilsynet ved fastlæggelsen af den faktiske leje for den pågældende kontor- og forretningsejendom alene medregner den del af lejeindtægten, som efter Finanstilsynets opfattelse kan henføres til ejendommens lokaler, idet rentabilitetsberegningen i så fald ikke afspejler ejendommens reelle markedsværdi. En sådan fastlæggelse af den faktiske leje vil heller ikke være i overensstemmelse med bestemmelserne i bekendtgørelse om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling § 1, stk. 2, og §§ 5-7 samt Finanstilsynets vejledning hertil fra 1998 vedrørende bekendtgørelsens §§ 7-8. Det bemærkes, at såfremt der fra ejendommen kan frasælges et grundstykke, vil særskilt værdi heraf kunne tillægges resultatet af den foretagne rentabilitetsberegning, jf. bekendtgørelsens § 9, stk. 4.

Som sagen er forelagt for ankenævnet, lægger ankenævnet herefter til grund, at den faktiske leje for det omhandlede lejemål overstiger markedslejen, og at K A/S således er berettiget til at tillægge rentabilitetsberegningens resultatet nutidsværdien af uopsigelighedsperiodens merleje som sket, jf. bekendtgørelsens 9, stk. 2.

Ankenævnet ophæver derfor Finanstilsynets afgørelse af 25. oktober 2004.

11) Kendelse af 22. juni 2006 (J.nr. 2005-0002559).

Påbud om berigtigelse af realkreditlån ophævet.

Lov om realkreditlån og realkreditobligationer og bekendtgørelse om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling.

(Susanne Nielsen, Niels Bolt Jørgensen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 18. marts 2005 har K A/S (realkreditinstitut) klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 21. februar 2005 har påbudt K A/S at berigtige realkreditlånet i ejendommen A, X-by, såfremt der i ejendommen måtte være lån, der overskrider lånegrænserne i lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v. målt i forhold til en værdiansættelse på 34.450.000 kr.

Klagen har under sagens behandling været tillagt opsættende virkning.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets skrivelse af 21. februar 2005 hedder det blandt andet:

”Finanstilsynet har i dagene 8.-12. november 2004 foretaget en undersøgelse hos K a/s. ...

Ved undersøgelsen har tilsynet gennemgået følgende:

- 85 lånetilbud udvalgt ved gennemgang af instituttets lånetilbud på erhvervsområdet for 2. og 3. kvartal 2004. På bagsiden af denne gennemgang udvalgte tilsynet 16 lånesager til besigtigelse af pantet og nærmere gennemgang af vurderingen i perioden november-december 2004. I 2 af de 16 sager foretog tilsynet ikke besigtigelser, da der efter tilbuddet i stedet var ydet lån af andre realkreditinstitutter.

...

Finanstilsynets foreløbige konklusioner vedrørende undersøgelsen blev drøftet med K på møder den 12. november 2004 og den 10. januar 2005.

...

Finanstilsynet skal på baggrund heraf fremkomme med følgende bemærkninger:

1. Lånetilbud

Ud af de 14 lånesager, som Finanstilsynet har udtaget til besigtigelse og nærmere vurdering af pantet, har Finanstilsynet bemærkninger til værdiansættelsen af følgende kontor- og forretningsejendomme:

- A, X-by
- ...
- ...

Der er nærmere redegjort for Finanstilsynets bemærkninger til værdiansættelsen af de enkelte ejendomme i de vedlagte bilag Fælles for alle tre værdiansættelser er, at K har indregnet en kapitalisering af udlejning af grundarealer, herunder i to tilfælde i relation til tankanlæg.

Ifølge Finanstilsynets fortolkning af regelgrundlaget kan grundleje ikke indgå i værdiansættelsen af kontor- og forretningsejendomme efter §§ 5-9 i bekendtgørelse om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling (værdiansættelsesbekendtgørelsen).

I § 6, hvor rentabilitetsberegningen for kontor- og forretningsejendomme defineres overordnet, henvises der i forbindelse med ejendommens nettoleje til §§ 7 og 8, og i § 7, stk. 1, hvor ejendommens nettoleje defineres, henvises der igen vedrørende ejendommens bruttolejeindtægt til § 8, stk. 1-4. Finanstilsynet finder således ikke, at der ved værdiansættelsen kan indgå lejeindtægt for andet end lokaler. Eventuel medtagelse af værdien af grundarealer er efter Finanstilsynets opfattelse udtømmende reguleret i § 9, stk. 4, hvorefter der i værdiansættelsen kan indgå værdien af grundstykker, der kan frastykkes ejendommen.

Finanstilsynet meddelte ved brev af 1. maj 2002 Realkreditrådet sin praksis vedrørende grundleje foranlediget af en undersøgelse af realkreditinstitutters belåning af tankstationer, hvori K ikke havde været inddraget. Finanstilsynet har forstået på K, at instituttet har været opmærksomt på denne orientering om tilsynets praksis, men alene har opfattet brevet til Realkreditrådet som vedrørende ejendomme, der kan karakteriseres som tankstationer, og derfor har henholdt sig til praksis som udledt af en vejledning fra 1998 til værdiansættelsesbekendtgørelsen.

...

For så vidt angår ejendommen A, X-by, indgår der i værdiansættelsen en kapitalisering af grundleje for et tankanlæg. I relation til tankanlæg finder Finanstilsynet, at praksis som angivet i tilsynets brev af 1. maj 2002 til Realkreditrådet er klar. Finanstilsynet påbyder derfor under henvisning til § 34, stk. 3, i lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v. en berigtigelse af realkreditlånet i ejendommen, såfremt der i ejendommen måtte være lån, der overskrider lovens lånegrænse målt i forhold til en værdiansættelse på kr. 34.450.000.

... ”

I en udtalelse af 21. april 2005 har Finanstilsynet suppleret sagsfremstillingen med følgende:

” ...

Én af de udvalgte lånesager vedrørte ejendommen A, X-by. Instituttets vurderingsrapport vedlægges Ejendommen blev den **2. december 2004** besigtiget af Finanstilsynet sammen med en repræsentant fra K A/S. Det konstateredes, at ejendommen bestod af en større dagligvarebutik med tilhørende kælder, et mindre solcenter og en frisørsalon. Endvidere var der et større antal parkeringspladser samt en benzinstander med overdækning tilhørende B. I instituttets rentabilitetsberegning indgik der en grundleje betalt af B for det areal, hvorpå benzinanlægget var placeret. Lejemålet var uopsigeligt for B indtil 1. december 2009.

Den 18. januar 2005 sendte Finanstilsynet en høring til K A/S vedrørende undersøgelsen. Finanstilsynet oplyste i den forbindelse, at grundleje efter Finanstilsynets fortolkning af regelgrundlaget ikke kunne indgå i værdiansættelsen af kontor- og forretningsejendomme. Finanstilsynet henviste i den forbindelse til et brev af 1. maj 2002 til Realkreditrådet foranlediget af en undersøgelse af realkreditinstitutters belåning af tankstationer. Finanstilsynet havde forstået på K A/S, at instituttet havde været opmærksom på denne orientering om tilsynets praksis, men alene havde opfattet brevet til Realkreditrådet som vedrørende ejendomme, der kunne karakteriseres som tankstationer, og derfor havde henholdt sig til praksis som udledt af en vejledning fra 1998 til værdiansættelsesbekendtgørelsen. Finanstilsynet oplyste, at tilsynet fandt praksis så tilstrækkelig klar, at tilsynet havde til hensigt at påbyde en berigtigelse af realkreditlånene i to ejendomme, hvor der indgik grundleje for tankanlæg, såfremt der i ejendommene måtte være lån, der overskred lovens lånegrænse. Vedrørende ejendommen A, X-by, havde Finanstilsynet ikke i øvrigt nogen bemærkninger til det datamateriale, der indgik i K A/S' værdiansættelse.

...

K A/S svarede ved brev af **11. februar 2005** på Finanstilsynets høring. K oplyste, at instituttet ikke var enig i Finanstilsynets synspunkt om, at indtægter hidrørende fra andet end lokaler ikke kunne indgå i værdiansættelsen. Endvidere var instituttet af den opfattelse, at forholdet ikke var genstand for brevet af 1. maj 2002 til Realkreditrådet, der meget konkret omhandlede værdiansættelse af tankstationer, og ikke indregning af andre indtægter generelt. K havde benyttet det regelsæt, der var beskrevet i Finanstilsynets vejledning fra 1998 om, hvilke indtægter der kunne medtages i en rentabilitetsberegning. Denne vejledning var ikke tilbagekaldt eller ændret, bortset fra ved værdiansættelse af tankstationer. K mente derfor ikke, at Finanstilsynet kunne pålægge K at berigtige et lån, der var ydet i god tro og tillid til Finanstilsynets egen vejledning...

Finanstilsynet fremsendte ved brev af **18. februar 2005** en afgørelse vedrørende undersøgelsen til K A/S. Med hensyn til K A/S'

værdiansættelse af ejendommen A, X-by, gentog Finanstilsynet det tidligere anførte vedrørende regelgrundlaget. På baggrund heraf pålagde Finanstilsynet K A/S at berigtige realkreditlånet i ejendomme, såfremt der i ejendommen måtte være lån, der overskred lovens lånegrænse målt i forhold til en værdiansættelse på kr. 34.450.000. Rapporten er fremsendt af K A/S til ankenævnet.

...”

I klageskrivelsen af 18. marts 2005 har K A/S anført:

”... Klagen omfatter alene det påbud der ... [vedrører] ejendommen A, X-by, ...

PÅSTANDE:

K påstår påbudet om berigtigelse ophævet.

...

ANBRINGENDER:

Til støtte for påstanden gør K gældende, at den af K ansatte belåningsværdi på 40.250.000 kr. er korrekt, idet

1. Værdiansættelsen er i overensstemmelse med realkreditloven og værdiansættelsesbekendtgørelsen samt Finanstilsynets vejledning og
2. Finanstilsynet ikke har hjemmel til at fastsætte regler, der bevirker, at en ejendoms belåningsværdi bliver væsentligt lavere end ejendommens markedsværdi.

...

SAGSFREMSTILLING:

Sagen drejer sig om, hvorvidt der ved værdiansættelsen af en kontor- og forretningsejendom kan medtages værdien af et særskilt grundareal, der udlejes til andre end lejere af lokaler i bygningen.

Den i sagen omhandlede ejendom, A, X-by, er matrikuleret som matr.nr. 6 V X-by Markjorder med et grundareal på 6.482 m².

Ejendommen er en kontor- og forretningsejendom.

Ejendommen ejes af C ApS, som er Ks låntager.

På ejendommen har låntager opført en bygning med et bruttoetageareal på 3.935 m², som for størstedelens vedkommende (3.675 m²) består af et supermarked. I bygningen findes desuden tre andre forretninger, nemlig en damefrisør, et solcenter og et bageri.

Der foreligger lejekontrakter for disse fire lejemål i bygningen.

Endvidere er der mellem låntager og B indgået en grundlejekontrakt om 400 m² af grundarealet. På dette grundareal har B opført et tankanlæg. Tankanlægget indgår ikke i værdiansættelsen, da dette ikke ejes af låntager.

Den samlede årlige leje for alle fem lejekontrakter udgør 3.233.494 kr. Heraf udgør 438.120 kr. den årlige leje for det nævnte grundareal på 400 m².

Den faktiske leje for alle fem lejekontrakter svarer til markedslejen.

Der er mellem Finanstilsynet og K enighed om, at de anvendte lejeløb svarer til de aktuelle markedsværdier, hvilket også gælder anvendte nøgletal for drift og afkast.

Det omhandlede lejemål med B er uopsigeligt for lejeren indtil den 1. december 2009.

På grundlag af en forrentningsprocent på 7,51 har K ansat værdien af den samlede ejendom (belåningsværdien) til 40.250.000 kr.

Finanstilsynet har tilkendegivet, at det ikke kan godkende, at lejen af det nævnte grundareal indgår i værdiansættelsen, hvorfor den kapitaliserede værdi af lejen, svarende til 5.800.000 kr. skal fragå, således at Finanstilsynet finder, at ejendommen maksimalt kan værdiansættes til 34.450.000 kr.

K har ydet lån på ca. 23.800.000 kr. i ejendommen svarende til ca. 59 % af den af K ansatte værdi på 40.250.000 kr.

Med en lånegrænse på 60 % vil en efterkommelse af Finanstilsynets påbud medføre, at der i ejendommen højst kan indestå lån med en kontantværdi på 20.670.000 kr. Konsekvensen af Finanstilsynets påbud er således, at Ks lån i ejendommen skal nedbringes med ca. 3 mio. kr.

Lovgrundlaget

...

Den på belåningstidspunktet gældende værdiansættelsesbekendtgørelse var bekendtgørelse nr. 671 af 24. juni 2004.

De bestemmelser i værdiansættelsesbekendtgørelsen, som K vil påberåbe sig er § 2, stk. 1; § 5, stk. 1; § 7, stk. 1 og § 8, stk. 1.

Da Finanstilsynet i 1998 udstedte en værdiansættelsesbekendtgørelse (bekendtgørelse nr. 235 af 23. april 1998) udstedte Finanstilsynet samtidig en vejledning til denne bekendtgørelse. Vejledningen der er dateret den 3. april 1998 indeholder på side 17 kommentarer til § 7, stk. 1, som er identiske i bekendtgørelserne fra 1998 og 2004.

...

UDDYBNING AF ANBRINGENDER

K gør gældende, at den af K ansatte belåningsværdi svarer til det beløb, som en kyndig erhverver med kendskab til pris- og markedsforholdene for den pågældende type ejendom må skønnes at ville betale for ejendommen, hvorfor værdiansættelsen er i overensstemmelse med realkreditlovens [lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v.] § 10, stk. 2.

Ks værdiansættelse er således også i overensstemmelse med den tilsvarende bestemmelse i værdiansættelsesbekendtgørelsens § 2, stk. 1.

K har foretaget en rentabilitetsberegning i overensstemmelse med værdiansættelsesbekendtgørelsens § 5, stk. 1, § 7, stk. 1 og § 8, stk. 1. Rentabilitetsberegningen er foretaget på grundlag af den faktiske leje for alle fem lejemål, som svarer til markedslejen. K anerkender, at bruttolejen for lokaler normalt også inkluderer grundarealer, der naturligt hører til de pågældende lokaler, for eksempel parkeringspladser til en butiksejendom.

Når grundarealet er større end det, der naturligt hører til den på ejendommen opførte bygning, og der er mulighed for at udleje dette grundareal, bør markedslejen/den faktiske leje for dette grundareal indgå i rentabilitetsberegningen.

Finanstilsynet har gjort gældende, at når der i værdiansættelsesbekendtgørelsens § 8, stk. 1, er omtalt ”bruttulejen for de pågældende lokaler”, og der i § 5, stk. 1, og § 7, stk. 1, er henvist til § 8, kan rentabilitetsberegningen alene foretages på grundlag af lejen for lokaler. K er ikke enig i denne argumentation, da det er meningen med de nævnte bestemmelser, at alle (sikre) lejeindtægter for ejendommen kan medtages i rentabilitetsberegningen.

I den nævnte side 17 i vejledningen fra 1998, er det således også anført, at der kan indgå andre lejeindtægter end leje af bygninger/lokaler. Der er eksempelvis nævnt særskilte indtægter fra udleje af facader til skiltning eller særskilt lejeindtægt på udleje af grundareal. I den forbindelse er det anført, at der skal være en vis sikkerhed for lejen af de pågældende faciliteter/grundarealer, hvilket K er enig i.

I den konkrete sag er der tale om en solid lejer, nemlig et stort internationalt olieselskab, og der er tale om en lejekontrakt, der er uopsigelig fra lejers side i mere end 5 år. Endvidere har olieselskabet opført et tankanlæg på ejendommen, hvilket tyder på, at lejeindtægten vil være påregnelig i mange år. Der er derfor ingen tvivl om, at en investor, der vil købe hele ejendommen, vil tillægge lejebetalingen for grundarealet værdi, og dermed vil være villig til at betale et større beløb, end hvis ejendommen var de nævnte 400 m² mindre, således at der ikke ville være særskilte lejeindtægter af grundarealer.

Finanstilsynet gør gældende, at det pågældende afsnit i vejledningen er tilbagekaldt i kraft af et brev af 1. maj 2002, ... K er af den opfattelse, at

det pågældende brev specifikt angår værdiansættelse af tankstationer. I denne situation er det Finanstilsynets opfattelse, at der ikke kan medregnes lejeindtægt af overskydende grundarealer. Situationen, der er beskrevet i det nævnte brev, er altså den modsatte end den, der foreligger i den konkrete sag, hvor et olieselskab er lejer af jorden, hvorpå tankanlægget er opført, hvorfor der i den konkrete sag ikke er tale om værdiansættelse af en tankstation.

Der er intet i det nævnte brev der indikerer, at Finanstilsynets tilkendegivelse for værdiansættelse af tankstationer skal gælde generelt for værdiansættelse af andre kontor- og forretningsejendomme.

Til orientering kan det oplyses, at der forhandles mellem Realkreditrådet og Finanstilsynet om fastlæggelse af en ny vejledning. Indtil denne nye vejledning er udstedt, er den gamle vejledning gældende, bortset fra de tilfælde, hvor der er sket en ændring af værdiansættelsesbekendtgørelsen eller hvor vejledningen udtrykkeligt er tilbagekaldt.

Finanstilsynet gør endvidere gældende, at værdien af et grundstykke i tilknytning til en kontor- og forretningsejendom kun kan medtages, såfremt grundstykket kan frasælges (udstykses) i hvilken forbindelse Finanstilsynet henviser til værdiansættelsesbekendtgørelsens § 9, stk. 4. K er ikke enig i, at værdien af grundstykket kun kan indgå i den samlede værdiansættelse, hvis der er tale om udstyknings- og frasalgsmuligheder. § 9, stk. 4, beskriver alene, hvorledes der teknisk skal forholdes, hvis disse betingelser er opfyldt, idet der i så fald ikke skal medregnes nogen markedsleje for grundarealet i bruttolejen, men rentabilitetsberegningens resultat (den kapitaliserede værdi af bygningen) kan forøges med en skønnet værdi af det pågældende grundstykke.

K gør endvidere gældende, at Finanstilsynet ikke har hjemmel til at fastsætte regler der bevirker, at en ejendoms belåningsværdi bliver væsentligt lavere end ejendommens markedsværdi.

Udgangspunktet er, at regler, der angiver en bestemt metode til beregning af markedsværdien, så vidt muligt skal føre til et resultat, der svarer til markedsværdien. Dette fremgår indirekte af realkreditloven, der i § 12, stk. 2 og 3, giver Finanstilsynet hjemmel til at fastsætte regler, der fraviger hovedreglen om værdiansættelse til markedsværdi, i nogle nærmere angivne specielle situationer, der ikke foreligger i den konkrete sag.

I andre situationer end de i § 12, stk. 2 og 3, nævnte er der ikke hjemmel til at fastsætte regler, der indebærer, at belåningsværdien skal være lavere end markedsværdien. Så vidt det kan ses, bestrider Finanstilsynet ikke, at den af K ansatte belåningsværdi på 40.250.000 kr. svarer til markedsværdien.”

Af den i klagen omtalte vejledning af 3. april 1998 fremgår blandt andet:

” I nettolejen kan andre lejeindtægter end leje af bygninger/lokaler (med tilhørende grundareal) indgå – eksempelvis særskilte indtægter fra udleje af facader til skiltning eller særskilt lejeindtægt på udleje af grundareal. Forudsætningen herfor er, at de pågældende indtægter med stor sandsynlighed vil kunne erholdes også hos andre, eller lejebetalingen er sikret som nævnt i § 8, stk. 2”

Af den i klagen omtalte skrivelse af 1. maj 2002 fra Finanstilsynet til Realkreditrådet fremgår blandt andet:

”Værdiansættelse af tankstationer

Finanstilsynet har foretaget en undersøgelse af realkreditinstitutternes belåning af tankstationer, som for nylig er afsluttet. I den forbindelse kunne tilsynet konstatere, at der generelt i institutterne er usikkerhed vedrørende den korrekte værdiansættelse af det segment.

Finanstilsynet har præciseret regelgrundlaget over for de undersøgte realkreditinstitutter. Af hensyn til de øvrige realkreditinstitutter finder Finanstilsynet anledning til generelt at komme med nogle præciseringer om værdiansættelsen, som tilsynet skal anmode Realkreditrådet om at videreformidle til realkreditinstitutterne.

Tankstationer er efter ejendoms-kategoribekendtgørelsen kategoriseret som kontor- og forretnings-ejendomme, jf. bekendtgørelsens § 11, nr. 8. Det følger heraf, at tankstationer skal værdiansættes i henhold til reglerne for kontor- og forretnings-ejendomme i henhold til §§ 5-9 i værdiansættelsesbekendtgørelsen...

Der vil heller ikke i værdiansættelsen kunne indgå en leje af et grundareal i tilknytning til et tankanlæg. Eventuel medtagelse af værdien af grundarealer er efter tilsynets opfattelse udtømmende reguleret i værdiansættelsesbekendtgørelsens § 9, stk. 4, hvorefter rentabilitetsberegningens resultat kan tillægges en værdi af et grundstykke, såfremt grundstykket kan frasælges fra ejendommen. Realkreditinstitutterne vil derfor fremover skulle se bort fra vejledning af 3. april 1998 til værdibekendtgørelsen på dette punkt.

Endelig skal Finanstilsynet præcisere, at tankstationens skærmtag ikke kan opbevare en selvstændig lejeværdi”

I udtalelsen af 21. april 2005 har Finanstilsynet yderligere udtalt:

” ...

2. Retligt grundlag

a. Lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v.

Lov nr. 454 af 10. juni 2003 om realkreditlån og realkreditobligationer m.v. bestemmer i § 5, stk. 3, nr. 2, at der inden for en lånegrænse på 60

pct. af en ejendoms værdi kan ydes realkreditlån til kontor- og forretningsejendomme.

Efter lovens § 10, stk. 1 og stk. 2, 1. pkt., skal realkreditinstituttet ansætte en kontantværdi af ejendommen til brug for låneudmålingen. Værdien skal ligge inden for det beløb, som en kyndig erhverver med kendskab til pris- og markedsforholdene for den pågældende type ejendom må skønnes at ville betale for ejendommen (markedsværdi).

§ 12, stk. 1, giver hjemmel til Finanstilsynet til at fastsætte nærmere regler om værdiansættelse. Ifølge stk. 2 kan Finanstilsynet fastsætte begrænsninger i adgangen til at medregne tilbehør som nævnt i § 11, stk. 4, dvs. tilbehør omfattet af tinglysningslovens § 37, stk. 1, og § 38.

Efter § 13, stk. 1, udmåles lån således, at det kontante provenu ligger inden for de i §§ 5-7 anførte lånegrænser. § 13, stk. 2, giver Finanstilsynet hjemmel til at fastsætte nærmere regler om låneudmåling.

§ 14, stk. 1, giver Finanstilsynet hjemmel til at fastsætte regler om, hvilke ejendomme der hører til de enkelte ejendoms kategorier.

Ifølge § 34, stk. 1, påser Finanstilsynet overholdelsen af loven og regler udstedt i medfør af loven. Stk. 3 hjemler, at Finanstilsynet kan give påbud om berigtigelse af forhold, der er i strid med bestemmelser i loven og regler udstedt i medfør af loven. Såfremt et realkreditlån er ydet i strid med loven eller regler udfærdiget i medfør heraf, kan Finanstilsynet med virkning for såvel realkreditinstituttet som låntageren kræve nedbringelse af realkreditlånet, således af de nævnte bestemmelser overholdes.

b. Bekendtgørelser

I bekendtgørelse nr. 774 af 1. september 2003 om afgrænsning af ejendoms kategorier og indfrielse af lån ved overgang til anden ejendoms kategori bestemmer det i § 11, at der ved kontor- og forretningsejendomme forstås ejendomme, der enten udlejes til administration eller servicevirksomheder m.v., eller som anvendes af ejeren til administration eller servicevirksomhed m.v. Som eksempel på dette nævnes i nr. 2 butikker og i nr. 8 servicestationer.

På tidspunktet for K A/S' lånetilbud var bekendtgørelse nr. 671 af 24. juni 2004 om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling gældende.

Bekendtgørelsens § 2, stk. 1, fastslår udgangspunktet om, at ansættelsen af pantets værdi ikke må overstige ejendommens rimelige kontante handelsværdi, der er opnåelig inden for en salgsperiode på 6 måneder (markedsværdi), uanset om ejendommen netop er handlet til et højere beløb.

Efter § 1, stk. 2, sker værdiansættelsen som udgangspunkt på grundlag af panterettens omfang, idet erhvervstilbehør ikke kan indgå ved værdiansættelsen af kontor- og forretningsejendomme.

Ifølge § 5, stk. 1, skal der ved værdiansættelsen af kontor- og forretningsejendomme foretages en rentabilitetsberegning efter bestemmelserne i §§ 6-8, der med tillæg og fradrag i henhold til § 9 danner maksimum for værdiansættelsen.

Rentabilitetsberegningen foretages, jf. § 6, ved at multiplicere ejendommens årlige nettoleje med en faktor, der afspejler markedets afkastkrav for den pågældende ejendomstype i området, ejendommens karakter og sikkerheden for opretholdelse af nettoindtægten på ejendommen.

Ved nettolejen forstås i bekendtgørelsen ejendommens bruttolejeindtægt, jf. § 8, stk. 1-4, der tilgår udlejer, med fradrag af driftsudgifter, som afholdes af udlejer, jf. § 7, stk. 1.

Bruttolejen for de pågældende lokaler kan højst ansættes til den bruttoleje, som de må antages at kunne udlejes til under hensyntagen til såvel instituttets kendskab til de senest indgåede lejekontrakter for og udbuddet af tilsvarende lokaler med hensyn til beliggenhed, art, størrelse, kvalitet, udstyr og vedligeholdelsestilstand (markedslejen), jf. § 8, stk. 1.

Ifølge § 9, stk. 4, kan rentabilitetsberegningens resultat tillægges en værdi af et grundstykke, hvis der fra ejendommen kan frasælges et sådant, jf. § 21, stk. 1, og § 26.

3. Finanstilsynets bemærkninger

Der er ingen uenighed mellem K A/S og tilsynet om de beløbsstørrelser, der indgår i instituttets værdiansættelse af ejendommen A, X-by.

Sagens problemstillinger kan herefter afgrænses dels til spørgsmålet om inddragelse af grundlejekontrakten med B i værdiansættelsen (a), dels spørgsmålet om retsfølgen, såfremt denne del af værdiansættelsen er i strid med regelgrundlaget (b).

a. Medtagelse af grundleje i værdiansættelse af kontor- og forretningsejendomme

Efter Finanstilsynets praksis kan der ikke indgå en leje af et grundareal i værdiansættelsen efter reglerne for kontor- og forretningsejendomme i §§ 5-9 i bekendtgørelse om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling.

I § 6, hvor rentabilitetsberegningen for kontor- og forretningsejendomme defineres overordnet, henvises der i forbindelse med ejendommens nettoleje til §§ 7 og 8. I § 7, stk. 1, hvor ejendommens nettoleje defineres, henvises vedrørende ejendommens bruttolejeindtægt til § 8, stk. 1-4. Finanstilsynet finder derfor ikke, at der ved beregningen af ejendommens årlige nettoleje kan indgå yderligere bruttoleje, end den, der omfattes af § 8, stk. 1-4. Den bruttoleje, som omtales § 8, stk. 1-3, er 'bruttolejen for de pågældende lokaler' og 'lokalernes markedsleje'. Der er således tale om leje af lokaler.

Finanstilsynet finder således ikke, at bekendtgørelsens ordlyd understøtter en fortolkning af bekendtgørelsen, hvorefter der kan medregnes værdi af et grundareal, ligesom den omstændighed, at § 9, stk. 4, indeholder en regel for grundstykker, taler imod dette.

For tankanlæg til servicestationer er der derudover det forhold, at der er tale om erhvervstilbehør, som ikke kan indgå i værdiansættelsen efter § 1, stk. 2, i bekendtgørelse om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling. Såfremt tankanlægget i det konkrete tilfælde havde tilhørt ejendommens ejer, ville det derfor direkte følge af bekendtgørelsens § 1, stk. 2, at værdien heraf ikke ville kunne medregnes.

Derudover skal det bemærkes, at Finanstilsynet ikke opfatter skærmtag, herunder til tankstationer, som lejbærende, jf. også brevet af 1. maj 2002 til Realkreditrådet.

Når Finanstilsynet valgte ikke at ændre bekendtgørelsen om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling i forbindelse med brevet til Realkreditrådet, skyldes det, at Finanstilsynet fandt, at fortolkningen allerede kunne udledes af bekendtgørelsens ordlyd.

Finanstilsynet er ikke enig i, at forhold så som tilsynets 'hensigt' med bekendtgørelsens udformning kan indgå som grundlag for fortolkninger af bekendtgørelsen. Udformning af ældre vejledninger kan derfor heller ikke af Finanstilsynet anvendes som grundlag for bestemte fortolkninger, hvorimod der eventuelt kan være tale om omstændigheder, der kan inddrages ved fastlæggelsen af retsfølgen, jf. nedenfor.

§ 2, stk. 1, i bekendtgørelse om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling er en generel bestemmelse, som fastsætter en overgrænse, som realkreditinstitutternes værdiansættelse ikke må overskride. Denne bestemmelse suppleres med regler for værdiansættelsen af de enkelte ejendomstyper.

Dette korresponderer efter Finanstilsynets opfattelse med, at § 10, stk. 2, i lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v. bestemmer, at den af realkreditinstitutterne fastsatte kontantværdi som udgangspunkt skal ligge inden for markedsværdien.

Finanstilsynet finder ikke, at tilsynets fortolkning af bekendtgørelsen forhindrer, at værdien af grundarealer kan indgå i værdiansættelsen. Dette skal blot ske efter den i bekendtgørelsen fastsatte værdiansættelsesteknik. For kontor- og forretningsejendomme kan dette som nævnt ske ved at tillægge vurderingen en pris for arealer, der kan frastykkes ejendommen. Realkreditinstitutter kan alternativt vælge at værdiansætte kontor- og forretningsejendomme ud fra værdien af det samlede grundareal alene, hvilket i visse tilfælde vil give en højere værdiansættelse.

§ 12, stk. 1, i lov om realkreditlån og realkreditlån m.v. overlader til Finanstilsynet at fastsætte nærmere regler om værdiansættelsen. Der er

ikke i lovbemærkningerne til § 12, stk. 1, nogen nærmere afgrænsninger af Finanstilsynets hjemmel. Både før og efter lovens vedtagelse har der været tale om omfattende regler. Under tiden foreskrives der værdiansættelsesmetoder, som kan forefindes anderledes i markedet. En henvisning til begrebet 'markedsværdi' alene giver således ikke noget særligt operationelt grundlag. Særlig i relation til markedets kapitalisering af grundlejer kan det bemærkes, at dette i højere grad end for lokalelejer vil være betinget af, om der konkret findes en lejer på ejendommen eller ej. Herved bliver grundlejer et udtryk for kapitalisering baseret på kreditværdighed hos en lejer.

Den specifikke hjemmel, der findes i lovens § 12, stk. 2, er nødvendig for at modificere den generelle bestemmelse i § 11, stk. 4, om, at såvel bygningstilbehør som erhvervstilbehør kan indgå i belåningen af en ejendom. Vedrørende § 12, stk. 3, giver den mulighed for at fastsætte regler, hvorefter værdiansættelsen kan *overstige* markedsværdien i andre tilfælde end de, der er nævnt i § 10, stk. 4.

b. Spørgsmålet om retsfølgen

Som nævnt ovenfor giver § 34, stk. 3, i lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v. hjemmel til at påbyde nedbringelse af realkreditlån, der er ydet i strid med bestemmelser fastsat i loven eller regler udfærdiget i medfør heraf. Der er ikke tale om en nødvendig retsfølge, men en mulighed for Finanstilsynet. Lovbemærkningerne giver ikke nogen nærmere foreskrifter om, i hvilke situationer hjemlen kan eller skal anvendes. Det er derfor under hensyn til sikkerheden bag realkreditobligationerne Finanstilsynets udgangspunkt, at en nedbringelse af et realkreditlån er konsekvensen, når regelgrundlaget ikke er overholdt.

Finanstilsynet kan bekræfte, at tilsynets vejledning fra 1998 til bekendtgørelsen om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling indeholdt oplysninger om, at Finanstilsynets praksis tillod indregning af andre indtægter end lokalelejer at indgå i en værdiansættelse.

I stedet for at udsende en ny vejledning, orienterede Finanstilsynet om sin praksisændring ved brevet af 1. maj 2002. Finanstilsynet ændrede som nævnt heller ikke på bekendtgørelses udformning, da tilsynet fandt, at bekendtgørelsen allerede havde en dækkende ordlyd.

...

Finanstilsynet har fra et andet realkreditinstitut fået tilkendegivelser om, at man ikke anså brevet for at vedrøre spørgsmålet om grundleje for kontor- og forretningsejendomme generelt. Finanstilsynet er ikke enig heri. Tilsynet står dog helt uforstående overfor, hvorledes K A/S kan hævde, at brevet ikke vedrører tankanlæg som del af kontor- og forretningsejendomme, men alene ejendomme, der udelukkende består af tankstationer. Der findes ikke i realkreditloven eller i ejendoms-kategoribekendtgørelsen nogen selvstændig kategori for tankstationer.

Under forudsætning af, at Finanstilsynets fortolkning af regelgrundlaget er korrekt, finder Finanstilsynet herefter, at hensynet til den forvaltningsretlige lighedsgroundsætning må føre til, at realkreditinstituttet påbydes at nedbringe den del af realkreditlånet, der aktuelt måtte overstige lovens lånegrænser i forhold til en værdiansættelse uden indregning af grundleje.

...”

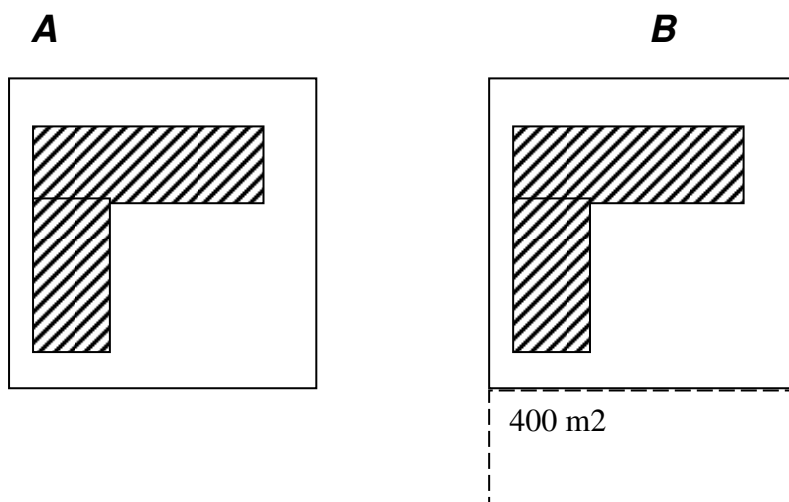
K A/S har i skrivelse af 24. maj 2005 yderligere bemærket:

”...

Sagen drejer sig ikke om værdiansættelse af en tankstation – hverken som selvstændig ejendom eller i tilknytning til en kontor- og forretningsejendom.

Sagen angår værdiansættelsen af en kontor- og forretningsejendom, hvorpå der ligger et butikcenter.

Det omtvistede spørgsmål kan skitse-mæssigt illustreres på følgende måde:



Ejendom A er en kontor- og forretningsejendom med butikker m.m. i bygningen, der er skraveret på skitsen. Pladsen udenfor bruges til parkering for kunder og medarbejdere samt øvrige normale funktioner, som hører til grunden for en kontor- og forretningsejendom.

Ejendommen værdiansættes på sædvanlig måde ved anvendelse af bruttolejerne for lokalerne i bygningen.

Ejendom B er identisk med ejendom A bortset fra, at ejendom B har et grundareal, der er 400 m² større end ejendom A. Grundarealet på de 400 m² kan ikke frastykkes ejendommen, men grundarealet udlejes til en

solid lejer for en nærmere aftalt længere periode. Hvad lejeren benytter arealet til, er i den forbindelse uvedkommende. I den konkrete sag er det altså som tankstation, men dette er uden betydning for sagen.

Spørgsmålene er herefter:

1. Er ejendom B mere værd end ejendom A?
2. Hvis svaret på spørgsmål 1 er ja, kan der da fastsættes en højere realkreditmæssig belåningsværdi for ejendom B end for ejendom A?

Efter Ks opfattelse er det klart, at svaret på spørgsmål 1 er et ja, da en investor vil tillægge betydning, at han vil kunne opnå indtægter ved udleje af det pågældende grundareal. Dette gælder især, når der – som i den konkrete sag – findes en lejer, hvis kreditværdighed er høj.

Hvad angår spørgsmål 2, mener Finanstilsynet, at de to ejendomme skal værdiansættes ens – uden hensyn til en forskel i handelsværdi. Det er imidlertid Ks opfattelse, at den højere værdi, som ejendom B har i forhold til ejendom A, kan indgå i den realkreditmæssige værdiansættelse på den måde, som K har foretaget, nemlig ved kapitalisering af lejen for det pågældende areal. Dette er i overensstemmelse med Finanstilsynets vejledning fra 1998. Det tidligere omtalte brev af 1. maj 2002 med overskriften ”Værdiansættelse af tankstationer” har K ikke tillagt betydning for sagen, da der netop ikke er tale om værdiansættelse/belåning af tankstationer.

...”

Ankenævnet udtaler:

Efter § 5, stk. 3, nr. 2, i lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v. kan der inden for en lånegrænse på 60 % ydes realkreditlån til kontor- og forretningsjendomme.

Det fremgår af lovens § 10, stk. 1 – stk. 3, at realkreditinstituttet skal ansætte en kontantværdi af ejendommen til brug for låneudmålingen, og værdien skal ligge inden for det beløb, som en kyndig erhverver med kendskab til pris- og markedsforholdene for den pågældende type ejendom må skønnes at ville betale for ejendommen. Forhold, der betinger en særlig høj pris, må ikke indgå i værdiansættelsen, ligesom instituttet ved værdiansættelsen skal tage hensyn til eventuel risiko for ændringer i markeds- eller strukturforhold. Den omhandlede ejendom er ikke omfattet af lovens § 10, stk. 4.

Af de almindelige bemærkninger til forslag til lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v. (L 177 2002/2003) fremgår blandt andet:

”Værdiansættelse af ejendomme og udmåling af realkreditlån

Med forslaget uddybes reglerne om, hvorledes realkreditinstitutterne skal fastsætte værdien af de ejendomme, som realkreditbelånes. Det vil således under nærmere fastsatte betingelser være muligt at fravige udgangspunktet om markedsværdi ved realkreditbelåningen af visse almene boliger m.v., ejendomme til sociale, kulturelle og undervisningsmæssige formål, industri- og håndværksejendomme samt kollektive energiforsyningsanlæg. Desuden gives hjemmel til, at Finanstilsynet kan fastsætte regler om fravigelse af udgangspunktet om markedsværdi ved ejendomme ejet af offentlige myndigheder og udlån garanteret af offentlige myndigheder.”

Af de særlige bemærkninger til § 10 fremgår blandt andet:

”Den foreslåede bestemmelse fastlægger grundprincipperne for den værdiansættelse af en ejendom, et realkreditinstitut skal foretage som grundlag for udmålingen af realkreditlånet.

Udgangspunktet for værdiansættelsen er ejendommens markedsværdi som beskrevet i *stk. 2 og 3.*”

Af lovens § 11, stk. 4, fremgår det, at grund og bygninger medtages ved værdiansættelsen af ejendommen.

Bekendtgørelse nr. 774 af 1. september 2003 om afgrænsning af ejendoms kategorier og indfrielse af lån ved overgang til anden ejendoms kategori indeholder i § 11 definitionen af kontor- og forretnings ejendomme og indeholder i § 14 bestemmelser om, at grundarealer med bygninger belånes efter reglerne for den ejendoms kategori, bygningerne tilhører, såfremt grundarealets værdi ansættes uden byggeretsværdi.

Efter lovens § 12, stk. 1 kan Finanstilsynet fastsætte nærmere regler om værdiansættelse. Lovbemærkningerne indeholder på dette punkt ikke nogle fortolkningsbidrag.

Værdiansættelsen af den omhandlede ejendom skal foretages efter § 5 - § 9 i den dagældende bekendtgørelse nr. 671 af 24. juni 2004 om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling (værdiansættelses bekendtgørelsen).

Bekendtgørelsens § 7, stk. 1 må, da værdiansættelsen af ejendommen skal foretages efter markedsværdien, jf. § 10 i lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v., fortolkes, således at alle sikre lejeindtægter for ejendommen kan medtages ved rentabilitetsberegningen, uanset henvisningen til bekendtgørelsens § 8, som anvender udtrykket ”lokaler”.

Bestemmelsen i bekendtgørelsens § 9, stk. 4, der henviser til bekendtgørelsens § 21, stk. 1 og § 26, kan ikke føre til noget andet resultat.

Finanstilsynets ”Vejledning til bekendtgørelse om realkreditinstitutters værdiansættelse og låneudmåling” fra april 1998 er i overensstemmelse hermed.

Da der efter det oplyste ikke er uenighed mellem K A/S og Finanstilsynet om beløbsstørrelserne, som indgår i den af K A/S foretagne rentabilitetsberegning, tiltræder ankenævnet den af K A/S foretagne værdiansættelse af ejendommen.

Ankenævnet ophæver derfor Finanstilsynets afgørelse.

4.6. LOV OM FORSIKRINGSFORMIDLING

12) Kendelse af 11. december 2006 (J.nr. 2006-0008031).

Klage afvist, da Finanstilsynets skrivelse om tilsynets retsopfattelse ikke kunne anses som en afgørelse.

Lov nr. 524 af 7. juni 2006 om ændring af lov om forsikringsformidling.

(Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 4. oktober 2006 har K [brancheforening] klaget over den af Finanstilsynet i skrivelse af 11. september 2006 fastlagte fortolkning af § 3, stk. 2 i lov nr. 524 af 7. juni 2006 om ændring af lov om forsikringsformidling.

Sagens omstændigheder:

I en over sagen af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse af 26. oktober 2006 har Finanstilsynet om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

” ...

1. Sagsfremstilling:

K (K) anmoder i brev af 13. juli 2006 om Finanstilsynets vurdering af, hvorledes overgangsordningen i § 3, stk. 2 i lov nr. 524 af 7. juni 2006 om ændring af lov om forsikringsformidling, skal forstås.

I brevet har K beskrevet tre eksempler, hvor K ønsker Finanstilsynets vurdering af, hvornår forsikringsmæglernes mulighed for at modtage provision ophører i forbindelse med formidling af arbejdsmarkedspensionsordninger, jf. overgangsordningens § 3, stk. 2.

...

Finanstilsynet besvarer henvendelsen ... ved brev af 21. august 2006.

...

K retter på ny henvendelse til Finanstilsynet i brev af 31. august 2006.

K anmoder Finanstilsynet om at revidere den meddelte vurdering af eksempel 2 og 3.

...

Ved brev af 11. september 2006 fastholder Finanstilsynet den tidligere meddelte vurdering af 21. august 2006 og giver i denne forbindelse klagevejledning.

...”

I klageskrivelse af 4. oktober 2006 har K anført:

”K (i det følgende K) påklager herved den af Finanstilsynet i skrivelse af 11. september 2006 fastlagte fortolkning af § 3, stk. 2 i Lov nr. 524 af 7. juni 2006. Baggrunden for klagen er følgende:

Med loven gennemførte Folketinget forbud mod, at forsikringsmæglere modtager provision eller andet vederlag fra forsikringsselskabet i tilknytning til konkrete kundeforhold, jfr. lovens § 14 a, stk. 2. Som følge af dette betydelige indgreb i sædvanlig aftalefrihed og på grund af ekspropriationsretlige spørgsmål i forhold til allerede indgåede aftaler med provisionsordninger indførtes med loven en 5-årig overgangsperiode for sådanne rettigheder i henhold til eksisterende aftaler.

...

Lovændringen medførte en række spørgsmål, herunder navnlig om overgangsreglerne fra K's medlemskreds, hvorfor foreningen rettede henvendelse til Finanstilsynet ved skrivelse af 12. juli 2006, ... Finanstilsynet svarede ved skrivelse af 21. august 2006, ... K var imidlertid ikke enig i dele af Finanstilsynets vurdering, hvorfor vi ved skrivelse af 30. august 2006, vedlagt ..., bad Finanstilsynet om endnu engang at overveje sin fortolkning af overgangsreglerne.

...

K skal på baggrund af foranstående anmode Erhvervsankenævnet om at tage stilling til den foreliggende tvist om lovfortolkningen, ...”

I skrivelsen af 26. oktober 2006 har Finanstilsynet yderligere udtalt:

”2. Formalitetsspørgsmålet

Det følger af forvaltningslovens § 25, at en forvaltningsmyndighed skal give klagevejledning, når en forvaltningsafgørelse kan indbringes for en anden administrativ myndighed.

Finanstilsynets afgørelser i medfør af lov om forsikringsformidling kan indbringes for Erhvervsankenævnet. Dette fremgår af § 53 i lov om forsikringsformidling, jf. lovbekendtgørelse nr. 817 af 14. juli 2006.

Ved en forvaltningsafgørelse forstås, at en offentlig myndighed udtaler sig om, hvad der er gældende ret i en konkret sag.

Finanstilsynet har i den foreliggende sag givet klagevejledning i forbindelse med en fortolkning af en lovbestemmelse.

Finanstilsynets fortolkning har imidlertid ikke baggrund i en konkret sag, men har karakter af en generel udtalelse om forståelsen af en regel i den lovgivning, der administreres af Finanstilsynet.

Der er derfor ikke tale om en afgørelse, der kan indbringes for en anden administrativ myndighed.

Finanstilsynet finder på denne baggrund, at der ikke er hjemmel til at indbringe sagen for Erhvervsankenævnet, og at vejledningen derfor er forkert, hvilket Finanstilsynet skal beklage.”

Klageren har den 8. november 2006 meddelt Erhvervsankenævnet, at "foreningen om ønsket gerne forelægger en konkret sag for Finanstilsynet, inden Erhvervsankenævnet vurderer spørgsmålet om gældende ret".

Ankenævnet udtaler:

Efter § 1, stk. 1, i lov om Erhvervsankenævnet er ankenævnet klageinstans for administrative afgørelser i det omfang, dette er fastsat i lov eller i henhold til lov. Ankenævnet har således ikke det almindelige administrative tilsyn med de myndigheder, hvis afgørelser kan påklages til ankenævnet. Endvidere kan vejledende udtalelser ikke påklages til ankenævnet, medmindre udtalelserne reelt indeholder en afgørelse vedrørende et spørgsmål, som er omfattet af ankenævnets kompetence.

Finanstilsynets skrivelse af 11. september 2006, hvori tilsynet udtaler sig generelt om tilsynets forståelse af overgangsordningen i § 3 i lov nr. 524 af 7. juni 2006 om ændring af lov om forsikringsformidling, udgør ikke en afgørelse i forhold til en konkret virksomhed vedrørende spørgsmål omfattet af ankenævnets kompetence.

Det forhold, at Finanstilsynet har givet klagevejledning, bevirker ikke, at ankenævnet derved bliver kompetent til at behandle klagen.

Ankenævnet afviser derfor klagen.

Afgørelsen er i medfør af bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994 om Erhvervsankenævnet § 8, stk. 1, truffet af ankenævnets formand.

4.7. LOV OM AKTIESELSKABER OG LOV OM ANPARTSSELSKABER

13) Kendelse af 26. maj 2006 (J.nr. 2005-0002569).

Ikke grundlag for at slette en i Webreg foretagen registrering af ændringer i selskabets ledelse.

Aktieselskabslovens § 81.

(Lise Høgh, Niels Bolt Jørgensen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 17. februar 2005 har advokat A på vegne af K A/S klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 17. januar 2005 har meddelt ikke at kunne slette en via Webreg foretagen registrering af ændringer i selskabets ledelse, samt at styrelsen ikke på det foreliggende grundlag kunne konkludere, at advokat B skulle have misbrugt sin adgang til at registrere i Webreg-systemet.

Sagens omstændigheder:

Advokat A skrev den 17. september 2004 følgende til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen:

” ...

[jeg] repræsenterer ... C A/S (CVR: ...), som ejer den fulde aktiekapital i K A/S.

Jeg er i går blevet opmærksom på, at advokat B, ...har foretaget en anmeldelse af en ekstraordinær generalforsamling i K A/S afholdt den 7. september 2004 via en on-line-registrering i Webreg den 8. september 2004. ...

Advokat B repræsenterer Dbank A/S, der i henhold til en aftale mellem E A/S og DA/S kan overtage stemmeretten på aktierne i K A/S. Advokat B har på vegne af sin klient meddelt, at stemmeretten er overtaget, hvilket min klient har bestridt berettigelsen af.

Efter min klients ledelses møde på advokat Bs kontor den 7. september 2004 har advokat B antageligvist været af den opfattelse, at der skulle have været afholdt en generalforsamling, som har udskiftet ledelsen i K A/S med advokat B selv og hans partnere i advokatfirmaet F. Min klient har benægtet dette, og advokat B har på trods af opfordringer til at dokumentere en behørig indkaldelse til generalforsamlingen og et af min klient godkendt protokollat, endnu ikke fremlagt dette.

På baggrund af ovenstående skal jeg anmode styrelsen om i henhold til Aktieselskabslovens § 156a og bekendtgørelse nr. 72 af 11. februar 2002

om anmeldelse, registrering, gebyr samt offentliggørelse mv. i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (Anmeldelsesbekendtgørelsen) § 5, stk. 2 om straks at kræve bevis for, at registreringen den 8. september 2004 er lovligt foretaget. Jeg skal endvidere anmode styrelsen om i videst muligt omfang at imødegå, at K A/S er registreret med forkerte oplysninger.

Advokat B har endvidere ved anmeldelse af 14. september 2004 registreret en ændring af vedtægterne, som er vedtaget på en ekstraordinær den 13. september 2004. Denne generalforsamling er sket uden at orientere min klient, som uomtvistet er eneste aktionær i selskabet, og indkaldelsen er formentlig sket på baggrund af den ulovlige ledelsesændring, som blev anmeldt af advokat B den 8. september 2004.
...”

Foranlediget heraf anmodede Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 22. september 2004 advokat B om en redegørelse for sagen, herunder bevis for, at registreringen i Webreg er lovlig foretaget.

Advokat B fremsendte den 23. september 2004 et notat dateret den 17. september 2004 til styrelsen, hvoraf følger:

”Den 7. september 2004 afholdt jeg som dirigent generalforsamling i K A/S, CVR-nr

Efterfølgende har direktør M og dennes advokat, advokat A, gjort indsigelse mod den afholdte generalforsamling. På denne baggrund fremkommer dette notat om den afholdte generalforsamling og det forudgående og efterfølgende forløb vedrørende generalforsamlingen.

K A/S er indehaver af 45% af aktierne i G A/S. Samtlige aktier i K A/S indehaves af C A/S. Samtlige aktier i sidstnævnte selskab indehaves af H A/S (tidligere I A/S). H A/S er endvidere indehaver af 50% af aktierne i J A/S.

H A/S har en samlet bankgæld til Dbank Aktieselskab i størrelsesordenen kr. 25 mio.

Frem til sommeren 2003 led H A/S betragtelige tab, der væsentligt udhulede selskabets egenkapital. Endvidere havde L A/S, der er indehaver af oprindeligt 20% og i dag 50% af aktierne i J A/S, truet med at fremsætte krav om erstatning mod H A/S og direktør M som følge af urigtige, respektive ufuldstændige oplysninger om drift, kapitalforhold, investeringer og kationer i J A/S. I forbindelse med, at Dbank stillede yderligere kreditfaciliteter til rådighed for J A/S og Investeringsselskabet overdrog yderligere 30% af aktierne i J A/S til L A/S, blev der i sommeren 2003 indgået 2 rammeaftaler mellem Dbank og de ovennævnte fysiske og juridiske personer - advokat A undtaget. I rammeaftalerne blev blandt andet fastlagt vilkårene for parternes tilførsel

af yderligere likviditet til J A/S, og hvilke supplerende sikkerheder parterne måtte præstere over for Dbank. I forlængelse af indgåelse af rammeaftalerne blev der indgået en række kreditaftaler og pantsætningsaftaler. Blandt andet underskrev H A/S pantsætningsdokument, hvorefter dette selskab pantsatte samtlige aktier i C A/S med tilhørende stemmeret til Dbank, og C A/S underskrev pantsætningsdokument, hvorefter dette selskab pantsatte samtlige aktier i K A/S til Dbank.

Af rammeaftalen vedr. e-billet-selskaberne fremgår i pkt. 4.1.:

Bestemmelserne i kredit- og låneaftalerne forbliver i øvrigt gældende, og intet i denne aftale er eller skal kunne fortolkes som et afkald på nogen rettigheder i henhold til kredit- og låneaftaler, idet Dforbeholder sig alle øvrige rettigheder i henhold til kredit- og låneaftalerne eller i øvrigt.

Af kreditaftalen mellem Dbank og H A/S fremgår under overskriften *Pengeinstituttets rettigheder over det pantsatte:*

Pengeinstituttet kan udnytte alle pantsætters rettigheder over det pantsatte.....

.....

Ved pantsætning af aktier, anparter og lignende kan pengeinstituttet alene på grundlag af dette dokument udøve alle de rettigheder, som aktionærer og anpartshavere har efter gældende selskabslove, selskabets vedtægter, eventuelle aktionæroverenskomster og lignende.

Det hedder endvidere i håndpantsætningserklæringerne vedr. pantsætning af aktierne i henholdsvis C A/S og K A/S:

Stemmeretten på de pantsatte aktier ikan indtil videre udøves af pantsætter. Ved påkrav til pantsætter kan banken bestemme, at banken som panthaver vil udnytte stemmeretten.

I håndpantsætningserklæringerne hedder det videre under overskriften *Pengeinstituttets rettigheder over det pantsatte:*

Pengeinstituttet kan udøve alle pantsætters rettigheder over det pantsatte, uanset gælden er forfalden eller ej, for eksempel udøve stemmeret på håndpantsatte aktier, anparter eller lignende

Pantsætningen af de ovennævnte aktier omfatter således pantsætning af såvel samtlige økonomiske som samtlige forvaltningsmæssige rettigheder over de pantsatte aktier.

I juni 2004 opsagde Dbank H A/S' kreditfaciliteter i banken.

I forlængelse heraf meddelte jeg i telefax af 2. september 2004 til advokat A, at Dbank med øjeblikkelig virkning ville gøre brug af den pantsatte stemmeret vedr. aktierne i K A/S. I skrivelsen hedder det:

På vegne Dbank skal jeg herved meddele, at banken med øjeblikkelig virkning vil gøre brug af den pantsatte stemmeret, hvorfor jeg skal anmode Deres klient direktør M og den øvrige bestyrelse i K A/S om at indkalde til ekstraordinær generalforsamling i selskabet, overensstemmende med vedlagte udkast til indkaldelse til generalforsamling.

På vegne Dbank frafalder jeg det i vedtægterne for K A/S i paragraf 10 indeholdte varsel for generalforsamlingens indkaldelse.

Som det fremgår af det citerede fra min telefax af 2. september 2004, var denne bilagt udkast til indkaldelse til ekstraordinær generalforsamling.

...

Med telefax af 5. september 2004, ..., meddelte advokat A mig blandt andet følgende:

Jeg har endvidere modtaget Deres telefax af 2. september 2004 vedrørende K A/S. På det foreliggende grundlag kan jeg bekræfte, at Dbank i henhold til Rammeaftalen kan overtage stemmeretten på C A/S aktier i K A/S.

Jeg har imidlertid forstået Deres føromtalte fax af 3. september 2004 således, at Rammeaftalen er misligholdt af min klient og/eller M.

Det er således ikke muligt for mig at tage stilling til Deres anmodning om indkaldelse til ekstraordinær generalforsamling i K A/S før Deres klient utvetydigt tilkendegiver, hvorvidt Rammeaftalen efter Deres klients opfattelse er gældende eller ej. Hvis aftalen efter Deres opfattelse er ophævet, vil retten til overtagelse af stemmeretten tillige være bortfaldet, idet De ikke kan kræve realopfyldelse.

I besvarelse heraf meddelte jeg med telefax af 7. september 2004, kl. 9.43, ..., advokat A, at Dbank ikke havde ophævet de 2 rammeaftaler.

Forud herfor havde direktør M den 3. september 2004 telefonisk drøftet sagen, herunder spørgsmålet om afholdelse af generalforsamling, med bankdirektør N, Dbank. Under telefonsamtalen meddelte M, at han ikke havde forstået, at han skulle foretage sig noget aktivt i henseende til indkaldelse af den ekstraordinære generalforsamling, at han var forhindret i at være til stede på generalforsamling den 6. september 2004 som foreslået af mig, men at han straks ville kontakte mig telefonisk og aftale nyt tidspunkt for generalforsamlingens afholdelse.

Den 6. september 2004 kontaktede M mig direkte for at aftale tidspunkt for afholdelse af ekstraordinær generalforsamling. Tidspunktet for generalforsamlingens afholdelse blev aftalt til den 7. september 2004, kl. 11.30 på mit kontor.

Tirsdag den 7. september 2004 mødte M op på mit kontor som aftalt. Forud for generalforsamlingens afholdelse havde jeg kl. 9.43 sendt den

af advokat A udbedte tilkendegivelse om, at rammeaftalerne ikke var ophævet af Dbank, og forud for generalforsamlingen havde jeg udfærdiget udkast til protokollat vedrørende den ekstraordinære generalforsamling. Dette udkast forelå på generalforsamlingen kl. 11.30. Det passerede på mødet den 7. september 2004 kl. 11.30 var overensstemmende med det af mig forinden mødet udfærdigede udkast til protokollat, hvorfor jeg underskrev protokollatet i Ms overværelse.

Selve generalforsamlingen varede kun få minutter, medens mødet i øvrigt varede mere end en time. I den resterende tid redegjorde M for sine muligheder for at købe aktierne i J A/S og for virksomheden Js historie og relationer til Ms familie. M tilkendegav under mødet, at familieinteressen for J A/S var betydelig og derfor det væsentligste fokus for M og hans familie. I lyset heraf efterlyste M en stillingtagen fra Dbank til, hvad banken agtede at foretage sig i relation til bl.a. stemmeretten på aktierne i J A/S. M tilkendegav endvidere, at han ville være Dbank behjælpelig med salg af aktierne i G A/S, i det omfang banken og den nye ledelse i K A/S ønskede dette.

Den 7. september 2004 anmeldte mit kontor via webreg de på generalforsamlingen vedtagne ændringer i sammensætningen af selskabets bestyrelse.

Efterfølgende har direktør M fremsat tilbud til Dbank om overtagelse af dels en del af bankens fordring mod H A/S dels aktierne i J A/S for kr. 5 mio., hvilket Dbank har afslået.

Efter bankens afslag på det netop nævnte købstilbud meddelte M ved direkte telefonisk henvendelse til først min sekretær, ..., dernæst mig, at han ikke havde deltaget i generalforsamlingen den 7. september 2004, og at han agtede at indgive politianmeldelse mod mig i anledning vedrørende den - nu efter hans mening ulovlige - afholdte generalforsamling.

Ved telefonisk henvendelse den 16. ds. meddelte advokat A mig, at M også over for ham havde meddelt, at han ikke havde deltaget i generalforsamlingen den 7. september 2004, kl. 11.30. På baggrund deraf opfordrede advokat A mig til at tilbagekalde anmeldelsen af den ændrede bestyrelsessammensætning. Samtidig tilkendegav advokat A, at Dbank nok havde stemmeretten; men at denne først kunne udnyttes på en kommende ordinær generalforsamling, og at bestyrelsen i K A/S og C A/S ikke ville efterkomme en eventuel efterfølgende anmodning fra Dbank om indkaldelse til ekstraordinær generalforsamling. Advokat A anførte uddybende, at Dbank efter hans vurdering heller ikke kunne anmode Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om at indkalde til en ekstraordinær generalforsamling i det tilfælde, hvor bestyrelsen sad anmodningen fra Dbank om en sådan ekstraordinær generalforsamling overhørig, idet bestemmelsen i aktieselskabslovens § 72, st[k]. 2 herom alene omhandlede ordinære generalforsamlinger. Idet jeg tilkendegav min uenighed i denne juridiske vurdering, efterlyste jeg det egentlige motiv for det af M nu indtagne standpunkt, hvilket advokat A ikke kunne delagtiggøre mig i."

Ved skrivelse af 1. oktober 2004 meddelte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen advokat A, at det ikke ud fra de styrelsen forelagte dokumenter var muligt at fastslå, at der skulle være tale om misbrug af webreg fra advokat Bs side, og at styrelsen ikke agtede at foretage sig yderligere, men at sagens endelige afgørelse henhørte under domstolene.

Ved skrivelse af 12. oktober 2004 anmodede advokat A Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om at bekræfte, skrivelsen af 1. oktober 2004 var en forvaltningsretlig afgørelse eller om at vurdere sagen på ny og herefter træffe en forvaltningsretlig afgørelse.

I den påklagede afgørelse af 17. januar 2005 fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen hedder det blandt andet:

” Erhvervs- og Selskabsstyrelsen [skrev] den 1. oktober 2004 til Dem, og meddelte, at styrelsen ikke på det foreliggende grundlag kunne konkludere, at advokat B skulle have misbrugt sin adgang til at registrere i webreg systemet.

Da der således er sket en registrering og da styrelsen ikke kan slette en sket registrering medmindre den skyldes en fejlekspedition, henhører sagens afgørelse under domstolene efter aktieselskabslovens § 81 eller § 159 b.”

I klageskrivelsen af 17. februar 2005 har advokat A anført:

” ...

Min klient fastholder, at de af advokat B foretagne ændringer i ovennævnte selskab den 8. september 2005 [2004] blev foretaget uberettiget, jf. Aktieselskabslovens § 156a og bekendtgørelse nr. 72 af 11. februar 2002 om anmeldelse, registrering, gebyr samt offentliggørelse mv. i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (Anmeldelsesbekendtgørelsen) § 5, stk. 2.

Jeg skal i det hele henholde mig til min klage til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen af 17. september 2004, idet jeg dog skal tilføje, at advokat B før mødet den 6. september 2005 [2004], hvor han hævder at generalforsamlingen blev gennemført, var bekendt med, at min klient og jeg ikke kunne anerkende at grundlaget for at afholde en generalforsamling var til stede. Denne viden havde advokat B, idet jeg i telefax af 5. september 2004 bestred retten til gennemførelse af en generalforsamling, ...

Advokat B burde især i den foreliggende situation have sikret sig bevis for, at min klient på trods af mit brev af 5. september 2004 anførte, skulle have skiftet holdning. Bevissikringen kunne let være sket ved min klients parafering af protokollatet, som var udarbejdet forinden mødet, eller ved at advokat B havde tilkaldt et vidne. Det skal understreges, at min klient bestrider, at der blev gennemført en generalforsamling.

Det er min opfattelse, at advokat B ved sit brev af 23. september 2004 med vedlagt materiale ikke har ført bevis for, at den af ham foretagne registrering den 8. september 2005 [2004] var lovlig. Jeg skal på den baggrund fastholde, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i videst muligt omfang tilpligtes at imødegå, at selskabet K A/S er registreret med forkerte oplysninger, og at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen tilpligtes at iværksætte det fornødne i forhold til advokat Bs overtrædelse af reglerne om online anmeldelse af ændringer i selskaber.”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 12. april 2005 udtalt:

” ...

Udtalelse

...

Styrelsen er fortsat af den opfattelse, at der ikke er begrundet formodning om, at adv. B har misbrugt sin adgang til at registrere i webreg og at styrelsen derfor ikke er berettiget til at lukke hans adgang hertil, jf. anmeldelsesbekendtgørelsen § 36, stk. 2

Styrelsen er ligeledes af den opfattelse, at klage over en ulovligt truffet beslutning på et selskabs generalforsamling skal indbringes for domstolene, jf. aktieselskabslovens § 81, og at hvis nogen mener, at en registrering er dem til skade, hører spørgsmålet om registreringens udslættelse under domstolene, jf. aktieselskabslovens § 159 b, stk. 3.

Det er derfor styrelsens opfattelse, at de påklagede hændelser i K A/S ikke kan indbringes for Erhvervsankenævnet, men kun kan behandles af domstolene.

...

Sagens retlige omstændigheder

Advokat A begrundede sin klage med henvisning til aktieselskabslovens § 156 a og § 5 i anmeldelsesbekendtgørelsen, nu bekendtgørelse nr. 200 af 21/03/2005.

...

Disse bestemmelser [Aktieselskabslovens § 156 a og § 5 i anmeldelsesbekendtgørelsen] viser, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan anmode om samtlige nødvendige oplysninger til vurdering af om en sag er korrekt oplyst og registreret.

Styrelsens muligheder for sanktioner, såfremt registreringen ikke er lovlig findes henholdsvis i aktieselskabslovens 157 a, ...

og i anmeldelsesbekendtgørelsens § 36, ...

Styrelsens holdning

Det ligger efter styrelsens opfattelse i disse bestemmelser, jf. ordene i anmeldelsesbekendtgørelsens § 36 ”begrundet formodning” og ”misbrug” at det skal være væsentlige og forsætlige overskridelser af reglerne, før styrelsen kan skride til at lukke for brugerens adgang til at bruge webreg. I samme retning peger bestemmelsen i aktieselskabslovens § 157 a, der i yderste fald kan medføre oversendelse til skifteretten af selskabet med de deraf følgende alvorlige konsekvenser for selskabernes aktionærer og kreditorer.

I denne sag er der klaget over at adv. B dels ikke har foretaget en lovlig indkaldelse af generalforsamlingen af 7. september 2004 og dels ikke har sikret sig behørigt bevis for, at deltageren på generalforsamlingen ved sin underskrift har tiltrådt resultatet.

Det fremgår af adv. Bs notat, at han har sikret sig, at meddelelse om at Dbank har overtaget stemmeretten til aktierne i K A/S var sendt til adv. A, der var selskabets advokat og at han ligeledes var af den overbevisning, at aktionæren M var indforstået med, at der blev afholdt generalforsamling i K A/S, den 7. september 2004, ligesom advokat B underskrev generalforsamlingsreferatet i Ms nærvær og derfor var af den opfattelse, at aktionæren tiltrådte referatets indhold.

På dette grundlag kunne styrelsen ikke fastslå, at der var tale om misbrug af adgangen til webreg registrering fra adv. Bs side, men fik det indtryk, at det mere var de juridiske/økonomiske uenigheder, der er beskrevet i parternes indlæg, der skilte parterne.
...”

I skrivelse af 11. juli 2005 har advokat A yderligere anført:

” ...

Det i brev af 17. februar 2005 anførte fastholdes.

Det skal særligt fremhæves, at indklagede ved sit brev af 23. september 2004, som var vedlagt materiale alene underskrevet af indklagede selv, ikke har dokumenteret, at den af ham foretagne registrering den 8. september 2004 var lovlig. Henset til sagens omstændigheder, herunder i særdeleshed, at klagers advokat gjorde indsigelse mod indklagede forsøg på indkaldelse til generalforsamling før den påståede afholdelse, og at eneaktionæren har benægtet, at der blev afholdt en generalforsamling, må der foreligge skærpede krav til indklagede dokumentation for de påståede faktiske omstændigheder.

Foreløbigt har klager alene kunne fremsende et protokollat, som er underskrevet af indklagede selv i hans egenskab af valgt dirigent. Under normale omstændigheder – og i overensstemmelse med sædvanlig praksis – vil dirigentens tiltrædelse af et protokollat være tilstrækkeligt, men i den foreliggende sag er selve afholdelsen af generalforsamlingen bestridt, hvorved valget af dirigenten selvsagt også er bestridt. Indklagede må således være forpligtet til at fremlægge dokumentation udover et af indklagede tiltrådt protokollat, hvilket som nævnt ikke er sket under sagens behandling i styrelsen. Et bevis underskrevet er indklagede selv er cirkulært og bør ikke tillægges relevant vægt.

I tillæg til det anførte i brev af 17. februar 2005 skal det gøres gældende, at indklagede som minimum må kunne fremlægge en indkaldelse til generalforsamling, som er sket i overensstemmelse med Aktieselskabslovens regler og vedtægternes bestemmelser.

I den foreliggende sag, hvor Dbank A/S, som indklagede repræsenterede, havde overtaget stemmeretten på aktierne, er det fortsat den siddende bestyrelse, som skal foretage indkaldelsen. Det kan ikke afvises, at indklagedes klient efter Aktieselskabslovens § 70 ville være berettiget til at kræve, at bestyrelsen indkaldte til en generalforsamling, men det er formentlig uomtvistet, at indklagede ikke har fremsat en begæring til bestyrelsen om indkaldelse til generalforsamling, ligesom det bør lægges til grund, at proceduren ikke er fulgt – allerede fordi der ikke foreligger en indkaldelse, som er tiltrådt af den daværende bestyrelse.

Det er endvidere min opfattelse, at når Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anvender sin adgang i Aktieselskabslovens § 156 a og anmeldelsesbekendtgørelsens § 5 til at forlange bevis for, at anmeldelsen henholdsvis registreringen via Webreg, er lovligt foretaget, så bør Erhvervs- og Selskabsstyrelsen konstatere, enten at der er ført tilstrækkeligt bevis for lovligheden, eller – hvilket i denne sag, efter klagers opfattelse, er det rigtige resultat – at den af indklagede fremlagt dokumentation ikke udgør tilstrækkelig bevis for, at registreringen er lovlig.

I strid med formålet bag Aktieselskabslovens § 156 a, Anmeldelsesbekendtgørelsens § 5 og den myndighedskontrol Erhvervs- og Selskabsstyrelsen må formodes at skulle foretage, indeholder den af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen truffene afgørelse, og den fremsendte udtalelse af 12. april 2005, ikke særskilt afgørelse af, om indklagede har fremlagt fornødent bevis for, at anmeldelsen henholdsvis registreringen via Webreg er lovligt foretaget.
...”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ved skrivelse af 19. august 2005 bemærket:

”...

Det fremgår af advokat As indlæg af 11. juli 2005, at han er af den opfattelse, at styrelsen burde have undersøgt om der var ført

tilstrækkeligt bevis for lovligheden af den af 8. september 2004 af advokat B foretagne registrering.

Det er styrelsens opfattelse, at den bevisvurdering, som advokat A mener, at styrelsen skulle have foretaget, kun kunne ske, hvis styrelsen f.eks. havde mulighed for at afhøre vidner under ansvar.

Denne bevisførelse henhører efter styrelsens opfattelse under domstolene.

Det er endvidere styrelsens opfattelse, at Erhvervsankenævnet som hovedregel kun kan prøve afgørelser, hvor styrelsen har nægtet at registrere en anmeldelse, jf. ankenævnets kendelse af 1. juli 2005, j.nr. 04-201.488.

Hvis en registrering er sket, hvad enten det er styrelsen der har foretaget registreringen eller registreringen er sket via webreg, henhører sagens afgørelse under domstolene, jf. herved aktieselskabslovens §§ 81 og 159 b, stk. 3.

...”

Advokat B, hvem ankenævnet i medfør af § 10, stk. 1 i bekendtgørelse om Erhvervsankenævnet har tilladt at indtræde i sagen til støtte for den indklagede myndighed, har ved skrivelse af 8. september 2005 tiltrådt Erhvervs- og Selskabsstyrelsens skrivelse af 19. august 2005, og advokat A har den 6. oktober 2005 oplyst, at han ikke har yderligere bemærkninger i sagen.

Ankenævnet udtaler:

Ankenævnet finder ikke, at der på baggrund af de foreliggende oplysninger, herunder redegørelsen fra advokat B er grundlag for at statuere, at der den 7. september 2004 ikke er afholdt en lovlig generalforsamling i selskabet og ej heller, at der ikke i overensstemmelse med protokollatet for generalforsamlingen skulle være truffet beslutning om udskiftning af ledelsen. Styrelsen har med indhentelsen af bevis for Webreg-registreringens lovlighed hos advokat B foretaget den fornødne sagsbehandling, og der er på baggrund af oplysningerne fra advokat B samt de foreliggende oplysninger i sagen i øvrigt ikke grundlag for at statuere, at registreringen ikke er lovlig foretaget.

Ankenævnet kan således tiltræde, at spørgsmålet om registreringens eventuelle udslættelse under disse omstændigheder herefter vil henhøre under domstolene, jf. aktieselskabslovens § 81.

Ankenævnet finder endvidere ikke, at der ud fra de foreliggende oplysninger er grundlag for at statuere, at advokat B skulle have misbrugt sin adgang til at registrere i Webreg.

De påklagede afgørelser af 17. januar 2005 stadfæstes derfor.

14) Kendelse af 27. september 2006 (J.nr. 2005-0002979).

Sletning af registreringer i styrelsens IT-system af, at vedkommende tidligere skulle have været bestyrelsesmedlem i en række selskaber nægtet.

Aktieselskabslovens § 158 b, stk. 1 og stk. 2.

(Suzanne Helsteen, Finn Møller Kristensen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 30. juni 2005 har K klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 30. maj 2005 har afslået at slette registreringer i styrelsens IT-system af, at hun tidligere skulle have været bestyrelsesmedlem i en række selskaber.

Sagens omstændigheder:

K anmodede ved skrivelse af 7. april 2005 Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om at slette hendes navn og cpr-nr. fra styrelsens IT-system, da hun aldrig havde ”givet tilsagn endsige siddet i nogen form for APS eller A/S bestyrelse nogensinde”. I skrivelsen anførtes blandt andet:

”Mit navn er blevet misbrugt i A sagens skattecirkus og da jeg fik skriftlig klarhed over dette i fem tilfælde, udbad jeg mig en skriftlig erklæring fra tidligere advokat B som det fremgår af vedlagte skrivelse dateret den 18. april 1995.

Ifølge mine notater fra Juli 2004 kan jeg se mit navn figurerer i ... - ... - ...
- ... - ... - ... - ... - ... - ... - ... - ... - ...

Såfremt mit navn figurerer i andre forbindelser er det ligeledes uden mit navn samt cpr nr. i alle deres filer.”

Skrivelsen var vedlagt en erklæring af 18. april 1995 fra daværende advokat B, hvoraf fremgik:

”I forbindelse med, at K, ... har været anmeldt som bestyrelsesmedlem i 5 ... selskaber, skal jeg oplyse følgende:

Umiddelbart efter at være blevet klar over, at hun var registreret i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i de nævnte selskaber, erklærede K, at hun ikke havde givet tilsagn om at være bestyrelsesmedlem, og at hun ønskede at udtræde med omgående virkning. Hun er således heller ikke bekendt med de dispositioner, der er truffet i selskaberne.

Som tidligere direktør i selskaberne beklager jeg de skete fejl.”

Ved skrivelse af 13. maj 2005 afslog Erhvervs- og Selskabsstyrelsen at slette Ks navn og cpr-nr. i styrelsens register. I skrivelsen anførtes det:

”...

Styrelsen har undersøgt dokumenterne i de selskaber De har været registreret ind i og har konstateret, at De har underskrevet anmeldelserne i forbindelse med Deres tiltræden.

Vi vedlægger til orientering kopi af anmeldelser i C A/S, reg. nr. A/S ..., der ændrede navn til ... A/S og D A/S, reg. nr. A/S ..., der ændrede navn til ... A/S.

Da Deres tiltræden således ikke kan være uden Deres viden og accept, kan styrelsen ikke slette Deres navn og cpr-nr. i styrelsens register.”

I skrivelse af 19. maj 2005 fastholdt K overfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anmodningen om at blive slettet fra styrelsens IT-system, og anførte:

”Jeg har med tak modtaget Deres brev af 13.5.2005 og må desværre modsige Dem i Deres konklusion og vedholde, at jeg er blevet indsat i diverse bestyrelser uden min viden og accept.

M.h.t. ... og ... D A/S kan jeg henvise til eller bevise, at jeg i Landsretten (som advokat for mig var, Landsretssagfører E – ...) blev udtaget af den sag D A/S havde anlagt mod alle indvolvede som banker, bestyrelsesmedlemmer revisorer m.m.

Advokat E kunne/ville ikke oplyse mig i hvor mange tilfælde jeg var indsat i bestyrelser i A sagen i øvrigt samt ikke anlægge sag mod de

ansvarlige da jeg som boende i X-land ikke kunne få fri proces i Danmark samt ikke har økonomiske midler til at forsvare mig endsigende mit navn for disse urigtigheder.

Jeg har uddannet mig siden begyndelsen af 2004 i brugen af computer og har således først siden da været i stand til at bruge Deres IT system selvstændigt.

Da jeg den 3.8.1997 fik skriftlig bevis for, at mine underskrifter var misbrugt i de fem tilfælde som advokat B indrømmer i sin tilbagedaterede skrivelse af 18.4.95 men som han gav mig i ugen efter den 3.8.1997, besluttede jeg mig for skilsmisse da grundlaget for ægteskab var ophørt.

Skilsmissen ... kunne først afsluttes i retten ... i år – efter bekræftelse i skriftlig dokumentation om, at alle appel muligheder for A sagen var udtømt og har således taget 8 år, hovedsagelig p.g.a. Fs mangel på samarbejde.

Jeg beder Dem venligst oplyse hvilke dokumentation de behøver for at slette mig fra Deres IT system.”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fastholdt i skrivelse af 30. maj 2005 afslaget på at slette K i styrelsens register. I skrivelserne anførtes det:

”...

En betingelse for at blive slettet af styrelsens systemer er, at De ikke har været vidende om at De har været valgt til bestyrelsen og at De ikke på nogen måde har været orienteret herom.

Det er efter styrelsens opfattelse ikke tilfældet, når De har skrevet under på de anmeldelsesblanketter, hvor De er blevet valgt til selskabets ledelse.

Styrelsen kan derfor ikke slette Dem i styrelsens systemer.”

K sendte den 7. juni 2005 en e-mail til styrelsen. I e-mailen anførtes:

”...

Det jeg gerne vil finde ud af er – hvilke beviser eller hvilken dokumentation de mangler for at hjælpe mig til at opnå slettelse fra Deres IT system.

Jeg underskrev en stak anmeldelser (tolv så vidt jeg husker) i forbindelse med et housewarming party hos G. Men det blev jeg forført til og 2 gange efter bad jeg min exmand F om at få de formularer annulleret, da jeg ikke, vidste hvad det drejede sig om.

Senere opdagede vi/jeg at G havde alligevel brugt 5 af formularerne.

Resten at anmeldelserne med mit navn er dokumentfalsk.
...”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen svarede ved e-mail af 20. juni 2005:

”...

Det fremgår heraf, at du har skrevet anmeldelser under, men at du blev forført til det og bagefter fortrød, at du havde skrevet under.

Som jeg anførte i mit brev til dig fra den 30. maj 2005, kan en sletning af dit navn i styrelsens edb-system kun ske, hvis du ikke har skrevet under på nogen anmeldelse og derfor er ganske ubekendt med hvad der er sket.

...”

Det fremgår af de foreliggende oplysninger, at anmeldelsesblanketterne om Ks indtræden som bestyrelsesmedlem i en række selskaber er dateret i perioden 1. januar 1992 til 20. oktober 1992 og bærer hendes underskrift. Underskrifterne er bekræftet af daværende advokat A.

Ved skrivelse af 30. juni 2005 har K klaget til Erhvervsankenævnet over Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse om ikke at ville slette hende fra styrelsens IT-system.

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 9. september 2005 udtalt:

”...

Udtalelse

...

Det er styrelsens opfattelse, at reglerne i Rådets første direktiv (68/151/EØF) betyder, at alle de i styrelsens edb-informationssystem registrerede oplysninger skal opbevares og stilles til rådighed for offentligheden. Det indebærer, at oplysningerne ikke kan slettes medmindre registreringen er sket ved en fejl fra styrelsens eller tredjemands side.

Da registreringerne i denne sag ikke er sket ved en sådan fejl, er det i strid med EU's første selskabs direktiv at slette oplysningerne.

Styrelsen fastholder derfor sit afslag på begæringen fra K om at blive slettet af styrelsens register.

Sagens faktiske forløb

I en lang række selskaber er K blevet registreret som bestyrelsesmedlem.

Det drejer sig om følgende selskaber, jf. vedlagte anmeldelseskopier:

... A/S, CVR-NR. ..., opløst efter konkursbehandling den 22. august 2002.

... A/S, CVR-NR. ..., opløst efter konkursbehandling den 27. februar 2003

... A/S, CVR-NR. ..., opløst efter konkursbehandling den 17. december 2003.

... A/S, CVR-NR. ..., opløst efter konkursbehandling den 25. marts 2002.

... ApS, CVR-NR. ..., opløst efter konkursbehandling den 27. februar 2003.

... ApS, CVR-NR. ..., opløst efter konkursbehandling den 10. oktober 2000.

... ApS, CVR-NR. ..., opløst efter konkursbehandling den 27. juni 2002

... ApS, CVR-NR. ..., opløst efter konkursbehandling den 5. december 2002

... ApS, CVR-NR. ..., opløst efter konkursbehandling den 27. februar 2003.

... ApS, CVR-NR. ..., opløst efter konkursbehandling den 27. februar 2003.

... ApS, CVR-NR. ..., opløst efter konkursbehandling den 22. august 2002

I alle de nævnte selskaber er Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i besiddelse af anmeldelser som hele selskabets bestyrelse, herunder også K, har underskrevet. På anmeldelserne skrev ledelsens medlemmer under på følgende:

"Samtlige bestyrelsesmedlemmer bekræfter ved deres underskrift rigtigheden af de anførte oplysninger. Samtidig bekræftes, at de eventuelt anmeldte personer og eventuelt vurderingsmænd dels opfylder lovgivningens krav og dels er villige til at påtage sig hvervet eller stillingen"

...

Sagens retlige omstændigheder

Første selskabsdirektiv (68/151/EØF) pålægger medlemsstaterne at sørge for, at der bl.a. er offentlighed om identiteten af personer, som deltager i ledelsen af selskaber med begrænset ansvar. Oplysningerne skal registreres og offentliggøres i den nationale officielle tidende, hvilket i dansk ret er Erhvervs- og Selskabsstyrelsens edb-informationssystem. Disse oplysninger skal endvidere sammen med andre selskabsoplysninger henlægges i en til selskabet oprettet aktmappe, hvori der efter anmodning gives aktindsigt.

I henhold til direktivet skal bestemmelserne om bl.a. offentlighed om selskabsoplysninger, herunder oplysninger om ledelse, tjene til at

beskytte ”såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser”. Der er således et væsentligt beskyttelseshensyn bag offentliggørelse af personoplysningerne. Direktivet indeholder ikke tidsmæssige begrænsninger.

Der kan især henvises til direktivets indledning og art. 2 og 3, jf. den vedlagte kopi.

Styrelsens holdning

Det er styrelsens opfattelse, at det efter de krav der er anført i 1. selskabsdirektiv er nødvendigt af hensyn til tredjemand og selskabsdeltagere at selskabsoplysninger opbevares i styrelsens edb-informationssystem og gøres offentligt tilgængeligt medmindre registreringen er sket ved en fejl.

En fejl kunne være, hvis en anmelder fik registreret en person indtrådt i et selskabs ledelse uden at denne person havde nogen viden om det eller at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved en forveksling af navne fik registreret en forkert person ind i ledelsen.

Da der efter styrelsens opfattelse ikke er sket en fejl ved registreringen af K i styrelsens edb-informationssystem, men tværtimod er sket registrering efter anmeldelser underskrevet og tiltrådt af K skal de skete registreringer ikke slettes.

K har i mail af 7. juni 2005 meddelt, at hun har underskrevet anmeldelserne samme dag, men 2 dage senere fortrudt og bedt om at få anmeldelserne annulleret.

Det fremgår imidlertid af anmeldelserne, at de er dateret over en længere periode.

Efter styrelsens opfattelse havde det været nærliggende, hvis hun havde sikret sig at anmeldelserne blev annulleret eller havde kontaktet styrelsen og meddelt at hun ikke ville registreres i de pågældende selskaber.

Det er derfor styrelsens opfattelse, at klager ikke skal have medhold i sin anmodning om at hun skal slettes af styrelsens edb-informationssystem.”

K er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger til sagen.

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af de foreliggende oplysninger, at anmeldelsesblanketterne om Ks indtræden som bestyrelsesmedlem i en række selskaber er dateret i perioden 1.

januar 1992 til 20. oktober 1992 og bærer hendes underskrift. Underskrifterne er bekræftet af daværende advokat A.

Princippet om, at oplysninger om stilling, navn og adresse på stiftere både i aktive og hævede selskaber skal fremgå af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen edb-informationssystem er lovfæstet i aktieselskabslovens § 158 b stk. 1. Bestemmelsen er indsat med virkning fra den 1. april 2006, men stadfæster et princip, der også var gældende inden da, jævnfør princippet i Første selskabsdirektiv, artikel 2, stk. 1 (Publicitetsdirektivet).

Ankenævnet bemærker for god ordens skyld, at opdatering af personoplysninger i henhold til aktieselskabslovens § 158 b stk. 2 ophører 20 år efter, at den pågældende ophører med at være aktiv i virksomheder, som er registreret i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen edb-informationssystem.

Herefter finder ankenævnet ikke, at der er grundlag for at imødekomme Ks anmodning, og ankenævnet tiltræder derfor, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 30. maj 2005 har afslået at slette hendes navn og cpr-nr. fra styrelsens register.

15) Kendelse af 6. oktober 2006 (J.nr. 2005-0002998).

Registrering af persons fratreden som direktør i selskab med virkning år tilbage nægtet.

Aktieselskabslovens § 156, stk. 2.

(Anders Hjulmand, Finn Møller Kristensen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 1. juli 2005 har advokat A v/advokat B på vegne af K1 A/S og K2 klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 9. juni 2005 har registreringsnægtet en anmeldelse om K2s fratreden som direktør pr. 31. juli 2001.

Sagens omstændigheder:

I en over sagen af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse af 22. september 2005 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

”K2 har været registreret som direktør i selskabet siden stiftelsen af selskabet den 28. august 1995.

I brev af 23. maj 2005 anmoder advokat A om, at K2s fratræden som direktør, som efter det oplyste allerede var sket den 31. juli 2001, registreres.

Til støtte herfor vedlægges erklæring fra K2 om, at han var fratrådt som direktør den 31. juli 2001. Af erklæringen fremgår, at det på et bestyrelsesmøde den 7. juni 2001 blev besluttet, at han skulle stoppe som direktør i ovennævnte selskab og en række andre selskaber.

Om baggrunden herfor oplyses bl.a., at K2 tiltrådte direktørposten i C A/S, hvor K1 A/S havde en betydelig aktiepost.

Årsagen til, at K2 ikke blev afmeldt som direktør skyldtes, ifølge erklæringen, alene advokat Ds sygdom fra sensommeren 2001 til foråret 2002.

Til støtte herfor fremsendes tillige erklæring fra bestyrelsesmedlemmerne E og F samt forhenværende bestyrelsesmedlem D.

Af erklæringen, som er på tro og love, fremgår, at nævnte bestyrelsesmedlemmer bekræfter, at K2 fratrådte som direktør den 31. juli 2001 i ovennævnte selskab samt en række andre selskaber. I tilknytning hertil oplyses, at der er tale om en fejl, når K2 figurerer som direktør og bestyrelsesmedlem i styrelsens registre.

Advokat G fra advokatfirmaet H ApS har allerede tidligere rettet henvendelse i sagen såvel telefonisk som pr. mail den 7. april 2005 samt fremsendt udkast til erklæring fra bestyrelsen og K2, udfærdiget af advokat A. ...

I brev af 9. juni 2005 nægter styrelsen at imødekomme ovennævnte anmodning.”

I den påklagede afgørelse af 9. juni 2005 hedder de blandt andet:

” I den anledning skal styrelsen oplyse, at der efter fast administrativ praksis ikke kan ske ændringer i de registrerede oplysninger for et selskab, der er under konkursbehandling, uanset at et ledelsesmedlem, som her, efter det oplyste var fratrådt før konkursdekretets afsigelse, men ved en fejl ikke blev afmeldt i styrelsen inden konkursdekretets afsigelse.”

I klageskrivelsen af 1. juli 2005 til Erhvervsankenævnet har advokat A v/advokat B anført:

”...

K2 ønsker at blive slettet fra registreret med virkning fra 31. juli 2001. Begrundelsen er, at selskabets bestyrelse havde ansat I, tidligere J som direktør for selskabet K1 A/S pr. 1. august 2001. K2 fungerede efter dette tidspunkt ikke som direktør for selskabet K1 A/S. Endvidere havde selskabets bestyrelse betinget sig K2s fratræden fra K1 A/S, da K2 skulle varetage andre opgaver i C A/S. Blandt andet skulle K2 udføre et større teknologi projekt for Ls direktion, og K2 skulle således fokusere på de opgaver der lå heri.

Bestyrelsen for K1 A/S har på tro og love erklæret, at K2 fratrådte som direktør den 31. juli 2001 ..., og K2 oplyser i sin erklæring, at K2s manglende afmelding skyldtes, at selskabets advokat D ikke som aftalt fik ham afmeldt grundet Ds store personlige problemer, hvad også har fremgået af dagspressen

Sagen afsluttes nu fra min side, idet konkursboet er under afslutning. Jeg beder Dem derfor notere, at fremtidige henvendelser i sagen bedes rettes til G fra advokatfirmaet H ApS, der er advokat for K2.
...”

I den ovennævnte udtalelse af 22. september 2005 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen yderligere anført:

”...

[Det] kan oplyses, at styrelsen forholdsvis ofte får anmodninger om registreringer af ledelsesmedlemmers fratræden i selskaber efter konkursdekretets afsigelse eller om slettelse af historiske data.

Som grund til anmodningerne oplyses ofte, at man ikke ønsker at blive identificeret med en erhvervsmæssig fiasko, som viser sig at få uheldige konsekvenser, fx i forbindelse med kreditgivning i forbindelse med opstart af nye virksomheder eller projekter.

Anmodninger herom imødekommes alene, hvis det godtgøres, at styrelsen har begået fejl.

Styrelsen fastholder derfor sit afslag på begæringen om at registrere K2s fratræden som direktør.

...

Sagens retlige omstændigheder

På baggrund af, at ethvert selskabsorgans kompetence bortfalder ved konkursdekretets afsigelse kan registreringer af anmeldelser om ændringer i bestyrelsen og direktionen ikke ske efter dette tidspunkt.

Der henvises i denne forbindelse til Erhvervsankenævnets kendelse af 28. november 1995 - j. nr. 95-34.221, hvoraf bl.a. fremgår, at der ikke er grundlag for at registrere ledende organer, så længe konkursen pågår, da rådigheden over selskabet ved konkursen overgår til kurator.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen registrerer derfor ikke ændringer i ledelsens sammensætning efter konkursdekretets afsigelse, medmindre styrelsen har modtaget anmeldelse om ændring i ledelsen senest samme dag som konkursdekretet er afsagt eller har begået en fejl.

Uanset, om der i selskabet er sket ændringer i ledelsens sammensætning før konkursdekretets afsigelse, hvilket styrelsen ikke har grundlag for at anfægte i denne sag, registrerer styrelsen derfor ikke – efter fast administrativ praksis - ændringer i selskabets registrerede oplysninger efter konkursdekretets afsigelse.

Endelig henledes opmærksomheden på første selskabsdirektiv som pålægger medlemsstaterne at sørge for offentlighed om identiteten af personer, som deltager i ledelsen af et aktieselskab.

I henhold til direktivet skal bestemmelserne om ledelse tjene til at beskytte ” såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser”. Der er således et væsentligt beskyttelseshensyn bag offentliggørelse af personoplysningerne.”

I skrivelse af 27. oktober 2005 har advokatfuldmægtig G på vegne K2 anført:

”...

Selskabsstyrelsen refererer selv til første selskabsdirektiv, der netop har til formål at beskytte tredjemands interesser, hvilket i sig selv taler for, at den korrekte ledelse skal registreres, og da selskabsstyrelsen selv anfører, at selskabsstyrelsen ikke anfægter, at K2 ikke var i ledelsen på konkurstidspunktet, da taler dette for, at K2 skal slettes af registret, hvorfor den administrative praksis ikke bør anvendes i netop dette tilfælde. Det skal i den forbindelse nævnes, at den administrative praksis netop er opstået på baggrund af henvendelser fra ledelser, som ganske vist havde været med i ledelsen, men som ikke vil identificeres som en ”erhvervsmæssig fiasko”. I sådanne tilfælde er administrativ praksis formålstjenlig, men ikke i dette, ganske særlige tilfælde.

Baggrunden for de manglende registreringer var, at selskabets bestyrelsesformand, advokat D på daværende tidspunkt havde et for K2 ukendt kokainmisbrug, som det efterfølgende har vist sig, ikke gjorde ham i stand til at udføre dagligdags advokatarbejde, og som på et senere tidspunkt medførte en fængselsdom for sløseri og misbrug af klientmidler, med samtidig frakendelse af retten til at praktisere som

advokat til følge. Først efter konkursens indtræden blev min klient bekendt med, at advokaten ikke havde foretaget rettelserne i registreringerne.

Det skal tilføjes, at da K2 den 31.07.2001 forlod selskabet havde dette en positiv egenkapital på 18 mio. DKK, og en gennemsnitlig likvid kassebeholdning på 13 mio. DKK, og havde da en særdeles fornuftig soliditet. K2 forlod således ikke selskabet fordi det var en ”synkende skude”, men alene fordi K2 skulle varetage andre aktiviteter bestående af et stort udviklingsprojekt, hvor L var hovedkunden. Det er således et faktum, at K2 fratrådte samtlige tillidsposter i koncernen bestående af moderselskabet og datterselskaberne pr. den 31.07.2001, hvilket for K2 var 17 måneder forud for selskabets konkurs den 06.01.2003.

For K2 er den forkerte registrering, som Selskabsstyrelsen bekræfter at være bekendt med, personlig set særdeles uheldig, idet K2 ikke kan stifte selskaber, sidde i bestyrelser, idet sådanne selskaber ikke kan få momskreditter. Således kan K2 anses som uskyldig dømt, og med varig afsoning. Da Selskabsstyrelsen helt tydeligt er bekendt med, at K2 ikke sad i ledelsen ved konkursen, da vil det være helt uproportionelt ikke lade K2 slette af registreringen, da en manglende sletning som anført ovenfor vil have fortsatte personlige konsekvenser for K2, som i sidste ende vil betyde en udflytning af samtlige erhvervsmæssige aktiviteter fra Danmark, herunder udflytning af det planlagte koncernhovedkvarter for M, Inc, der er det selskab, der ejer N A/S, og hvori K2 er direktør.

Som situationen tegner sig, og hvis ankestyrelsen tager Erhvervs- og Selskabsstyrelsens indstilling til indtægt, vil en fremtidig udflytning af N A/S’ aktiviteter blive en egentlig konsekvens, med tab af arbejdspladser og betydelige indtægter for Danmark til følge. Dette skal ses i betragtning af, at når en række helt klare registreringsfejl, belyst af de implicerede parter ikke kan blive rettet, p.g.a. en af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen bestemt fast administrativ praksis og med de konsekvenser dette har haft og måtte få overfor selskabets europæiske koncernledelse, så er Danmark jf. mine klienters mening ikke det rigtige land, at bruge som fremtidigt europæisk koncernhovedkvarter.”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ved skrivelse af 6. december 2005 yderligere bemærket:

”...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan indledningsvist tilbagevise, at styrelsen havde kendskab til, at K2 var fratrædt som direktør den 31. juli 2001. Styrelsen blev først bekendt hermed den 7. april 2005 i forbindelse med klagerens henvendelse hertil, dvs. lang tid efter konkursdekretets afsigelse den 6. januar 2003.

Med hensyn til oplysningen i styrelsens redegørelse til Erhvervsankenævnet om, at styrelsen ikke anfægter, at K2 ikke var i

ledelsen på konkurstidspunktet, kan oplyses, at styrelsen med denne bemærkning blot tilkendegiver, at styrelsen naturligvis ikke har belæg for at anfægte en sådan oplysning.

At styrelsen refererer til første selskabsdirektiv betyder alene, at registrerede personoplysninger er vigtige for selskabsdeltagerne og tredjemand og ikke må ændres, medmindre det dokumenteres, at selskaberne har krav på at få personændringerne registreret, hvilket efter styrelsens opfattelse ikke er tilfældet i denne sag.

...”

Advokat G er ved skrivelse af 12. januar 2006 fremkommet med yderligere bemærkninger i sagen.

Ankenævnet udtaler:

Efter sagens oplysninger lægger ankenævnet til grund, at K2 har været registreret som direktør i K1 A/S siden selskabets stiftelse den 28. august 1995, og at han fortsat var registreret som direktør ved konkursdekretets afsigelse den 6. januar 2003.

Beslutning om K2s fratræden som direktør i K1 A/S, nu under konkurs, blev angiveligt truffet på et bestyrelsesmøde den 7. juni 2001.

Anmeldelse om ændringer i et selskabs direktion skal ifølge aktieselskabslovens § 156, stk. 2 være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest 2 uger efter ændringens vedtagelse.

Princippet omkring offentlighed vedrørende selskabers forhold skal gøre det muligt for tredjemand at gøre sig bekendt med de væsentlige dokumenter vedrørende selskabet samt at få visse oplysninger om dette, navnlig om personlige data for de personer, som har ret til at forpligte selskabet.

Beskyttelsen af tredjemand er blandt andet sikret ved bestemmelser, der i videst muligt omfang begrænser de grunde, som kan medføre, at de i selskabets navn indgåede forpligtelser bliver ugyldige.

Tredjemand skal således kunne støtte ret på personregistreringer og det påhviler den enkelte selv at sikre registrering af fratræden som direktør eller bestyrelsesmedlem. At foretagelse af anmeldelsen overlades til tredjemand, der forsømmer foretagelse af anmeldelse, ændrer ikke herpå.

Ankenævnet tiltræder derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 9. juni 2005.

16) Kendelse af 20. november 2006 (J.nr. 2006-0005788).

Fastslået, at filial af amerikansk selskab kunne registreres uden tilføjelsen ”i betalingsstandsning”, men med tilføjelsen ”under rekonstruktion i medfør af Chapter 11 i den amerikanske konkurslovgivning”.

Aktieselskabsloven § 151, stk. 3, jf. § 153, stk. 5.

(Mads Bryde Andersen, Finn Møller Kristensen og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 24. marts 2006 har advokat A på vegne af K Inc., USA, klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 24. februar 2006 har meddelt, at styrelsen kun vil registrere den af selskabet anmeldte filial her i landet, hvis der i filialens navn indføres i ”betalingsstandsning”.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 24. februar 2006 hedder det:

”Den 16. februar 2006 har De anmeldt ovennævnte filial [K, filial af K Inc., USA] til registrering.

I den anledning skal jeg oplyse, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fortsat er af den opfattelse kun at ville registrere filialen, hvis der i filialens navn indføres ”I BETALINGSSTANDSNING”, jf. Erhvervs- og Selskabsstyrelsens udtalelse af 9. december 2005. Der henvises forudsætningsvis til aktieselskabslovens § 151, stk. 3, der henviser til lovens § 153, stk. 5.

Hvis De er af den opfattelse, at der er en bedre dansk formel betegnelse for den situation hovedselskabet befinder sig i, hører Erhvervs- og Selskabsstyrelsen gerne herom.

...”

I klageskrivelsen af 24. marts 2006 har advokat A anført:

”...

Det kan oplyses, at K Inc., som er et selskab hjemmehørende i USA, i 2005 på egen opfordring anmodede retten i X-by om at blive underlagt såkaldte ”Chapter 11 procedurer” i henhold til den amerikanske insolvenslovgivning.

En ”Chapter 11 procedure” er en reorganisationsproces, der som udgangspunkt ikke påvirker selskabets fortsatte daglige drift.

I henhold til den beslutning, som er truffet af retten i X-by, er den eneste betydning for kreditorer, at i relation til nationale kreditorer, dvs. kreditorer bosiddende i USA, må disse med hensyn til krav før anmeldelsestidspunktet afvente en eventuel tvangsfuldbyrdelse, indtil reorganisationsprocessen er overstået, ligesom sådanne krav ikke forrentes i perioden. Krav, som relaterer sig til perioden efter anmeldelsestidspunktet, berøres ikke, ligesom alle udenlandske kreditorer ikke er berørt.

Formålet med processen er, at selskabet i samarbejde med en repræsentant for de usikrede krav fra før anmeldelsestidspunktet udarbejder en langsigtet plan for selskabet og herunder forsøger at genforhandle ikke profitable kontrakter, refinansiere selskabets gæld, herunder konvertere gæld til aktiekapital, samt fastlægge en langsigtet forretningsplan for virksomheden. Denne plan forelægges efterfølgende for retten, og når denne har godkendt planen, er selskabet ikke længere underlagt disse ”Chapter 11 procedurer”.

Det skal bemærkes, at dette er en proces, som ofte løber i en længere årrække, og i denne periode fortsættes selskabets drift som nævnt uændret og indgåede forpligtelser opfyldes på sædvanlig vis.

I forbindelse med, at selskabet ønsker at genåbne ruten mellem Y-by og Z-by, har selskabet ved anmeldelse herom af 16. februar 2006 anmeldt etablering af filial i Danmark.

På baggrund af de modtagne oplysninger om den reorganisationsproces, som foregår i USA, har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen imidlertid ved den påklagede afgørelse valgt at tilføje ”i betalingsstandsning” i tilknytning til navnet på det udenlandske selskab.

Det er imidlertid K Inc.’s opfattelse, at denne tilføjelse ikke er berettiget eller nødvendig, da det danske udtryk ”betalingsstandsning” er væsentligt anderledes, end de ovenfor beskrevne ”Chapter 11 procedurer”.

Således er et dansk selskab i betalingsstandsning underlagt væsentlige begrænsninger i sin virksomhed og den daglige drift, herunder ved at alle væsentlige dispositioner skal forelægges et tilsyn, ligesom kreditorer generelt er frataget retten til at søge sine krav mod selskabet tvangsfuldbyrdet.

Herudover bemærkes, at betalingsstandsning er kendetegnet ved at have en meget kort varighed og som oftest i Danmark resulterer i selskabets konkurs. På denne baggrund er det min opfattelse, at der er væsentlige forskelle mellem de amerikanske "Chapter 11 procedurer" og betalingsstandsning, som denne kendes under dansk ret, da sidstnævnte er en væsentligt mere indgribende foranstaltning i et selskabs fortsatte daglige drift.

Ordet "betalingsstandsning" giver således ikke omverdenen et indtryk af, at den fortsatte drift af virksomheden fortsættes uforandret, men i stedet et misvisende unødvendigt indtryk af manglende evne til at honorere forpligtelser.

Som oplyst ovenfor påvirkes udenlandske kreditorer ikke af disse "Chapter 11 procedurer", og der gøres endvidere opmærksom på, at filialen er etableret, efter at denne proces er indledt, hvorfor ej heller nationale krav (amerikanske kreditorer), som hidrører fra perioden efter filialens etablering, er påvirket heraf.

Udover at henvisningen til betalingsstandsning som redegjort for er misvisende, er der således ej heller et særskilt oplysningshensyn at tage over for danske forretningsforbindelser m.v.

Den registrering, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har foretaget, vil imidlertid væsentligt forringe min klients mulighed for at drive virksomhed i Danmark, da udtrykket "betalingsstandsning" som nævnt opfattes negativt og kan betyde, at såvel kunder som andre forretningsforbindelser fravælger min klient, hvorved muligheden for at drive virksomhed i Danmark kan blive umuliggjort.

Jeg skal således herved anmode Erhvervsankenævnet om at ændre den af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen truffene afgørelse, således at der ikke i forlængelse af det udenlandske selskabs navn tilføjes "i betalingsstandsning".

Subsidiært skal jeg anmode om, at afgørelsen ændres, således at der anvendes en mere passende ordlyd, eventuelt "under reorganisation".

..."

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 26. april 2006 udtalt:

” ...

1. Sagens faktiske omstændigheder

Ved brev af 25. november 2006 [2005] spurgte klageren Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, om det ville være muligt for et amerikansk selskab - der var og stadig er under rekonstruktion i henhold til amerikansk konkurslovgivning - at få registreret en filial i Danmark. Om det amerikanske selskab oplyste klageren:

”Det kan oplyses, at det pågældende amerikanske selskab befinder sig i en rekonstruktionssituation, hvor det i henhold til amerikansk konkurslovgivning har indgivet konkursbegæring med anmodning om at blive underlagt såkaldte “Chapter 11 Procedure”, hvilket ønske er blevet imødekommet.

At selskabet er underlagt nævnte Chapter 11 Procedure betyder, at selskabet kan fortsætte sin daglige drift og virksomhed. For selskabets kreditorer har det den betydning, at fra tidspunktet hvor retten træffer afgørelse om, at selskabet undergives denne procedure, er krav som stammer fra før dette tidspunkt omfattet af en efterfølgende rekonstruktion, og kravene bærer ikke længe rente. Alle krav mod selskabet, som hidrører fra tiden efter rettens beslutning om iværksættelse af Chapter 11 Procedure bliver honoreret på sædvanlig vis af selskabet.

Selskabet fortsætter således sin daglige drift og skal opfylde de forpligtelser, som selskabet efterfølgende påtager sig, og i det konkrete tilfælde kan det oplyses, at selskabet p.t. faktisk er i gang med at ekspandere, herunder med den planlagte etablering af filial i Danmark.”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen svarede den 9. december 2005:

”I den anledning skal vi oplyse, at styrelsen ikke på det foreliggende grundlag vil afvise at registrere en sådan filial.

Ud fra det der er oplyst, fremgår det, at den retlige situation selskabet befinder sig i nærmest svarer til betalingsstandsning, jfr. aktieselskabslovens § 151, stk. 3. Det må derfor af anmeldelsen fremgå, at selskabet er under betalingsstandsning, hvis det er denne situation, der foreligger på anmeldelsestidspunktet.

Registrering vil dog forudsætte, at det er i overensstemmelse med amerikansk ret, at filialbestyreren kan tegne filialen, jf. aktieselskabslovens § 149, stk. 3, og at filialbestyreren dermed kan forpligte hovedselskabet ved retshandler.

Der vil først i forbindelse med modtagelsen af den konkrete anmeldelse kunne tages endelig stilling til, om filialen vil kunne registreres.”

Den 27. januar 2006 anmeldte klageren en filial af K, INC, USA til registrering. I en følgeskrivelse af samme dato skrev klageren:

”I relation til vore tidligere drøftelser vedrørende det forhold, at det udenlandske hovedselskab, K, Inc., USA, er underlagt såkaldte “Chapter 11 Proceedings”, skal jeg anmode om, at der ved registreringen ikke anføres ordet “betalingsstandsning” i tilslutning til hovedselskabets navn.

Baggrunden herfor er dels, at de såkaldte “Chapter 11”-procedurer ikke kan sammenlignes med en betalingsstandsningssituation, dels at det selvsagt vil have alvorlige konkurrencemæssige skadevirkninger med en sådan ordlyd.

Det skal understreges, at hovedselskabet, K, Inc., er berettiget til at betale alle kontraktparter, samarbejdspartnere mv. henhørende uden for USA og at der således i relation til disse handles som før disse “Chapter 11”- procedurer blev vedtaget. Ikke USA-baserede virksomheder, forbrugere berøres således ikke af, at selskabet er underlagt “Chapter 11”-procedurer.

... ”

I en mail af 5. februar 2006 svarede Erhvervs- og Selskabsstyrelsen klageren bl.a. at,

”Det fremgår af dit brev, som jeg vedhæfter, at du anmoder om, at det i forbindelse med registreringen ikke registreres, at selskabet er under betalingsstandsning, idet du mener, at den situation selskabet befinder sig i ikke kan sammenlignes med en dansk betalingsstandsning. Jeg forstår dig derhen, at du mener, at der slet ikke skal oplyses noget om selskabets situation i USA.

I den anledning skal jeg oplyse, det er min klare opfattelse, at en afgørelse fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen vil indeholde et krav om oplysning i selskabets navn om, at selskabet er under betalingsstandsning, jf. den tidligere afgivne udtalelse.

Jeg vil bede dig meddele mig, om du ønsker en formel afgørelse fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om spørgsmålet. I så fald vil jeg sørge for, at der udarbejdes en sådan.

Det kunne være interessant at høre, hvad du mener situationen i USA nærmest kan sammenlignes med af de muligheder, der findes efter dansk ret.”

Den 16. februar 2006 skrev klageren til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen:

”Da det af kommercielle årsager er af afgørende betydning, at selskabet kan etablere sin virksomhed i Danmark nu, foreslår jeg vedrørende spørgsmålet om hvorvidt det i forbindelse med hovedselskabets navn skal anføres, at det er under betalingsstandsning, at vi foreløbig gør brug af den af dig

foreslåede fremgangsmåde med at anføre "under betalingsstandsning" efter hovedselskabets navn, således at selskabets filial kan registreres nu.

Når registreringen er på plads vil jeg dog fortsat gerne have mulighed for, om vi kunne komme dette forhold helt til bunds, da det som tidligere nævnt ikke just er en konkurrencemæssig fordel at have nævnte ordlyd omtalt i registreringen hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Som det fremgår af ovenstående er sagen med hensyn til registrering af den danske filial af hastende karakter, hvorfor jeg vil være taknemmelig for en hurtig behandling af den endelige registrering."

Herefter traf Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den påklagede afgørelse af 24. februar 2006:

...

Den 14. marts 2006 registrerede Erhvervs- og Selskabsstyrelsen filialen med følgende navn:

K, FILIAL AF K INC. I BETALINGSSTANDSNING, USA

...

Sagens retlige omstændigheder

Den retlige tvist mellem Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og klageren drejer sig alene om, hvorvidt Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har haft hjemmel til ved registreringen af filialens navn at tilføje "i betalingsstandsning" til hovedselskabets navn.

Reglerne om filialer findes i Aktieselskabslovens kapitel 17, der implementerer EF's 11. selskabsdirektiv (filialdirektivet).

Efter aktieselskabslovens § 151, stk. 1, skal oprettelse af filialer anmeldes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, og filialen må ikke påbegynde sin virksomhed, før anmeldelsen er sket, jf. § 151, stk. 2.

Senest 2 uger efter at et selskab, der har fået en filial registreret, kommer under konkurs, tvangsakkord eller tilsvarende ordning skal dette anmeldes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Oplysningen herom skal tilføjes selskabets navn, jf. § 151, stk. 3.

Det fremgår således af § 151, stk. 3, at hvis hovedselskabet til en filial, der allerede er oprettet, kommer under konkurs, skal dette anmeldes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, som herefter skal tilføje "under konkurs" til selskabets navn. På samme måde skal Erhvervs- og Selskabsstyrelsen tilføje "tvangsakkord" eller lignende, herunder "betalingsstandsning" til selskabets navn, hvis det er en af disse

situationer, som hovedselskabet befinder sig i. Der henvises herom til note 5 i den kommenterede aktieselskabslov af Ida Rosenberg m.fl., 6. udgave side 152.

Den situation, hvor der nyanmeldes en filial af et selskab, hvor hovedselskabet allerede ved anmeldelsen er i en af de situationer, der er nævnt i aktieselskabslovens § 151, stk. 3 - det vil sige under konkurs, tvangsakkord eller tilsvarende ordning, herunder betalingsstandsning - er ikke direkte reguleret i aktieselskabsloven. Aktieselskabsloven forholder sig tavs på dette område. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen vil dog nægte at registrere en filial af et selskab, der er under konkurs eller under afvikling på anden måde, idet det ikke har nogen mening at registrere en virksomhed, der er under afvikling.

Der er heller ingen direkte hjemmel i aktieselskabsloven for Erhvervs- og Selskabsstyrelsen til at nyregistrere en filial af et amerikansk selskab, der er i den situation, som K INC befinder sig i. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen overvejede derfor at træffe afgørelse om helt at nægte registrering af filialen af selskabet med henvisning til netop manglende hjemmel.

Styrelsen fandt dog, at et selskab under rekonstruktion, herunder betalingsstandsning, burde kunne registrere en filial, fordi formålet - selvom det ofte ikke ender sådan - med betalingsstandsningen netop er at rekonstruere selskabet.

Da en allerede eksisterende filial skal have tilføjet betegnelsen "under konkurs" eller "tvangsakkord" eller "betalingsstandsning", jf. aktieselskabslovens § 151 stk. 3, til hovedselskabets navn, når selskabet træder f.eks. i betalingsstandsning, skal så meget desto mere også nyanmeldte filialer have tilføjet en sådan betegnelse.

Det er Erhvervs- og Selskabsstyrelsen opfattelse, at der kun kan tilføjes insolvensbetegnelser, der er entydige fastlagt i henhold til dansk ret.

Den betegnelse der efter styrelsens opfattelse kommer tættest på den situation K INC befinder sig i er "betalingsstandsning". Betalingsstandsning har efter dansk ret netop til formål - selvom det ofte ikke ender sådan - at rekonstruere virksomheden.

Der er efter Erhvervs- og Selskabsstyrelsen opfattelse ikke hjemmel til at undlade en eller anden form for tilføjelse til hovedselskabets navn, idet aftaleerhververe skal advares for det tilfælde, at den igangværende rekonstruktion ikke lykkes. Den økonomiske risiko ved at entrere med et selskab, der er i den situation, som K INC befinder sig i må efter Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse nødvendigvis være større, end hvis selskabet ikke befandt sig i denne situation.

Det var på denne baggrund, at styrelsen traf afgørelse om, at det var en forudsætning for at registrere filialen, at betegnelsen "i betalingsstandsning" blev tilføjet til hovedselskabets navn.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har flere gange opfordret klageren til at foreslå en anden dansk betegnelse, der evt. bedre svarer til den situation, som selskabet befinder sig i. Klageren er ikke fremkommet med et sådant forslag under sagens behandling i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Klageren har imidlertid subsidiært anmodet Erhvervsankenævnet om at ændre afgørelsen, således at der anvendes en mere passende ordlyd end ”i betalingsstandsning” evt. ”under rekonstruktion”.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan ikke tiltræde anvendelsen af ”under rekonstruktion”, fordi denne betegnelse ikke er nærmere fastlagt i dansk ret.

...”

I skrivelse af 26. juni 2006 har advokat A yderligere anført:

”...

I relation til Erhvervs- og Selskabsstyrelsens bemærkninger om baggrunden for henvisningen til betegnelsen ”betalingsstandsning” bemærkes, at de amerikanske chapter 11 procedures efter klagers opfattelse adskiller sig fra en betalingsstandsning ved ikke at stille udenlandske, herunder danske, kontraktpartnere dårligere end hvad ville have været tilfældet, såfremt selskabet ikke var underlagt de nævnte procedures. Således er der eksempelvis intet tilsyn, som skal godkende større dispositioner m.v., ligesom disse procedures er indrettet på at kunne fortsætte i en længere årrække.

Det vil således være misvisende at anvende betegnelsen betalingsstandsning, og såfremt forslaget om at anvende betegnelsen ”rekonstruktion” ikke kan finde anvendelse, foreslås, den nøjagtige situation beskrevet ved efter navnet at anføre ”underlagt chapter 11 procedures iht. amerikansk lovgivning”. Det er således efter aktieselskabslovens § 151 ikke et krav, at der alene anvendes danske juridiske termer.

...”

I skrivelse af 5. juli 2006 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen hertil bemærket:

”...

Klagerens indlæg giver alene styrelsen anledning til at bemærke, at heller ikke betegnelsen ”underlagt chapter 11 procedures iht. amerikansk lovgivning” er nærmere fastlagt i dansk ret. Der er derfor efter Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse heller ikke hjemmel i lovens § 151, stk. 3, til at anvende denne betegnelse som tilføjelse til filialens navn.

...”

Ankenævnet udtaler:

Dersom et udenlandsk aktieselskab eller selskab med tilsvarende retsform, der driver virksomhed gennem en filial her i landet, kommer under konkurs, tvangsakkord eller tilsvarende ordning, skal filialbestyreren anmelde dette til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, ligesom oplysning herom skal gives som en tilføjelse til selskabets navn, jf. aktieselskabslovens § 151, stk. 3.

Aktieselskabslovens § 151, stk. 3, fik sin nuværende formulering ved lov nr. 289 af 8. maj 1991 om ændring af lov om aktieselskaber m.m., ved hvilken bl.a. Rådets ellefte direktiv om offentlighed vedrørende filialer oprettet i en medlemsstat af visse former for selskaber henhørende under en anden stats retsregler (89/666/EØF) (kaldet filialdirektivet) blev gennemført. Ifølge direktivet er der for filialer af selskaber hjemmehørende i andre medlemsstater offentlighedsforpligtelse om bl.a. ”åbning af konkurs, tvangsakkord eller en anden tilsvarende procedure vedrørende selskabet”, jf. direktivets art. 2, stk. 1, litra f, 2. led, og for filialer af selskaber hjemmehørende i tredjelande offentlighedsforpligtelse om bl.a. ”åbning af konkurs eller akkord eller en anden tilsvarende procedure vedrørende selskabet”, jf. direktivets art. 8, litra i, 2. led.

Formålet med Rådets 11. direktiv og aktieselskabslovens § 151, stk. 3, findes således at tilsige, at det er den for det udenlandske selskab faktisk anvendte procedure, som der skal ske anmeldelse om til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, og hvorom selskabets navn skal have tilføjelse.

Ifølge de foreliggende oplysninger er K Inc., USA, under rekonstruktion i medfør af ”Chapter 11 procedure” i den amerikanske konkurslovgivning, der efter det oplyste på væsentlige punkter adskiller sig fra de danske regler om betalingsstandsning.

På denne baggrund ændrer ankenævnet Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 24. februar 2006 således, at det udenlandske selskabs navn K Inc. tilføjes

”under rekonstruktion i medfør af Chapter 11 i den amerikanske konkurslovgivning”.

4.8. LOV OM VISSE ERHVERVSDRIVENDE VIRKSOMHEDER

17) Kendelse af 30. juni 2006 (J.nr. 2005-0002466).

Forening ikke registreringspligtig.

Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder §§ 1, 3 og 8.

(Lise Høgh, Niels Bolt Jørgensen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 17. marts 2005 har advokat A på vegne af K klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 18. februar 2005 har meddelt, at foreningen er registreringspligtig efter lov om visse erhvervsdrivende virksomheder.

Klagen har under sagens behandling i ankenævnet været tillagt opsættende virkning.

Sagens omstændigheder:

Det fremgår af sagens oplysninger, at K ved skrivelse af 7. oktober 2003 anmodede om Erhvervs- og Selskabsstyrelsens vurdering af, hvorvidt foreningen er omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen traf den 18. februar 2005 afgørelse om, at K er omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder.

I den påklagede afgørelse hedder det:

”...

På opfordring af K har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen foretaget en vurdering af, hvorvidt foreningen er omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (LEV).

Vurderingen er foretaget på grundlag af de til styrelsen fremsendte vedtægter for foreningen samt indkaldelser til generalforsamlinger den 4. oktober 2002 og den 14. november 2003 med indeholdte årsrapporter for henholdsvis 2001/2002 og 2002/2003. Endvidere har styrelsen foretaget et gennemsyn af foreningens hjemmeside

Styrelsen har den 13. juli 2004 fremsendt styrelsens vurdering af sagen og anmodet om K's bemærkninger hertil, jf. forvaltningslovens § 19. K har i brev af 7. september 2004 indsendt bemærkninger.

Efter en gennemgang af K's bemærkninger fastholder styrelsen sin vurdering i henhold til styrelsens brev af 13. juli 2004.

AFGØRELSE

På baggrund af de foreliggende oplysninger er det styrelsens opfattelse, at foreningen K er omfattet af LEV. Anmeldelse til registrering skal ske senest 8 uger fra datoen for denne afgørelse.

...

BEGRUNDELSE

Styrelsens vurdering er foretaget i henhold til lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, jf. lovbekendtgørelse nr. 11 af 9. januar 2002, forarbejderne til loven, jf. Folketingstidende A, 1993-1994, spalte 1661 ff., Erhvervsankenævnets kendelse af 23. juni 1999 og Højesterets dom i Ugeskrift for Retsvæsen 2003.296/2 H.

LEV finder anvendelse på virksomheder, der har til formål at fremme virksomhedens deltagers økonomiske interesser gennem erhvervsdrift.

Virksomheden skal således

- udøve erhvervsdrift og
- have til formål at fremme deltagernes interesser gennem erhvervsdriften.

Erhvervsdrift

Begrebet erhvervsdrift er uddybet i lovens § 1, stk. 3. En virksomhed anses bl.a. for at udøve erhvervsdrift, hvis den overdrager varer eller immaterielle rettigheder, erlægger tjenesteydelser eller lignende, for hvilke virksomheden normalt modtager vederlag, jf. § 1, stk. 3, nr. 1.

Lovens definition omfatter alle former for erhvervsdrift. I forarbejderne til loven nævnes handel, håndværk, industri, landbrug og gartneri, salg eller udlejning af fast ejendom eller andre formuegoder, service- og tjenesteydelsesvirksomhed samt virksomhed, der drives i koncernforhold. Endvidere er indkøbs-, salgs- og produktionsforeninger m.v. omfattet af loven, uanset at der udelukkende handles med medlemmerne.

Erhvervsdriften kan følge af såvel virksomhedens formål efter vedtægterne som af virksomhedens faktiske aktiviteter, jf. lovens forarbejder.

Af K's indkaldelse til generalforsamling 2003 fremgår af side 7, at K's indtægter i stadig større omfang er kommet fra brugerbetalte ydelser. Kerneprodukterne er bl.a. Knotes, kurser og skatterådgivning. Derudover fremgår det, at K sælger manualer, skattepakker, kundebladet ... og en række andre produkter.

K's brugerbetalte aktiviteter købes primært af K's egne medlemmer, men de sælges også til kunder, der ikke er medlem af K. De brugerbetalte aktiviteter bidrager samlet set positivt til K's økonomi og resultat. Overskuddet fra de brugerbetalte aktiviteter går først og fremmest til at konsolidere foreningens egenkapital.

Det fremgår om K's strategi og politik for 2003-2004, at K øger indsatsen på det brugerfinansierede område ved bl.a. at intensivere salget til eksterne, der ikke er medlem af K. Produkterne skal løbende udvikles, så de til stadighed afspejler medlemmernes behov og skaber mulighed for øget omsætning. Muligheden for evt. at lægge enkelte opgaver ud til eksterne undersøges.

K fokuserer på: Knotes, kurser, medlemsblade, skatterådgivning og -værktøjer og faglige manualer.

Det er styrelsens opfattelse, at K's aktiviteter med salg af manualer, skattepakker, kundebladet ... og en række andre produkter samt udbud af kurser og skatterådgivning - både til medlemmer og ikke-medlemmer - udgør erhvervsdrift i lovens forstand.

K er enig i styrelsens vurdering af, at den virksomhed K udøver kan karakteriseres som erhvervsdrift, jf. brev af 7. september 2004.

Fremme af deltagernes økonomiske interesser

Hvorvidt en virksomhed har til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser kan udledes af såvel vedtægterne som af de reelle forhold i virksomheden. Deltagernes økonomiske interesser kan fremmes ved økonomiske fordele som overskudsdeling, udlodning ved opløsning m.v., bonus, rabat m.v.

Lovens kriterium om, at virksomheden skal have til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser, har ifølge lovens forarbejder til formål at afgrænse lovens anvendelsesområde over for ideelle foreninger, der udøver erhvervsdrift.

Som eksempel på ideelle foreninger, der ikke er omfattet af loven, nævnes i lovens forarbejder foreninger med et socialt, politisk, kulturelt eller humanitært formål, såsom idrætsklubber, fagforeninger, humanitære organisationer, brancheforeninger inden for landbrug, industri, handel, service m.v., partiforeninger, spejderhytter, kunst- og teaterforeninger m.v. De falder uden for lovens område, uanset om de måtte drive erhvervsvirksomhed, blot deltagernes økonomiske interesser ikke fremmes ved denne erhvervsaktivitet.

Det fremgår således, at en ideel forening ikke vil være omfattet af loven, *hvis* erhvervsdriften ikke samtidig har til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser.

Modsætningsvis vil eksempelvis en brancheforening være omfattet af loven, hvis foreningen fremmer deltagernes økonomiske interesser gennem erhvervsdrift.

Fra retspraksis foreligger der to eksempler på, at brancheforeninger kan omfattes af LEV:

Erhvervsankenævnets kendelse den 23. juni 1999

...

I sagen fandt Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, at en brancheforening inden for landbruget skulle registreres efter lov om visse erhvervsdrivende virksomheder. Dette blev tiltrådt af Erhvervsankenævnet.

...

Afgørende for om en brancheforening er omfattet af LEV er ifølge kendelsen, at der er en vis væsentlig erhvervsmæssig indkomst i forhold til de samlede indtægter, og at indtægten ikke udelukkende anvendes til ideelle formål, men også til fordel for medlemmerne.

Ifølge kendelsen kan dette være tilfældet, hvis en ideel forening gennem erhvervsdrift

- oparbejder overskud som ikke anvendes til det ideelle formål eller
- erlægger tjenesteydelser m.m. til medlemmerne til eller under kostprisen.

Der skal ifølge kendelsen være tale om, at en ikke uvæsentlig del af erhvervsdriften har til formål at fremme medlemmernes økonomiske interesser.

Det fremgår ikke direkte af kendelsen, hvor stor en del af erhvervsdriften, der anvendes til at fremme medlemmernes økonomiske interesser, men ankenævnet antager, at i hvert fald en del af foreningens opsparing har til formål at fremme medlemmernes økonomiske interesser.

FDM-dommen, UfR 2003.296/2 H

I dommen blev en forening, der havde et ideelt formål, anset for at være omfattet af registreringspligten efter LEV, da foreningen – foruden sit ideelle formål – også havde til formål at varetage medlemmernes økonomiske interesser. Efter aktiviteternes omfang var varetagelsen af medlemmernes økonomiske interesser *ikke af underordnet betydning*.

Det fremhæves, at foreningens formål blandt andet søges gennemført ved at indgå aftaler, der indebærer økonomiske og servicemæssige fordele for medlemmerne. Endvidere, at sagsøgers erhvervsdrift blandt andet består af varesalg, drift af testcentre, udlejning af campingpladser og rejsebureauvirksomhed, og at der for medlemmerne er aftalt bonus- og rabatordninger i forbindelse med den nævnte erhvervsdrift.

For Højesteret var det oplyst, at foreningens indtægter i 2000 udgjorde ca. 126 mio. kr., hvoraf medlemskontingenter udgjorde ca. 80 mio. kr. og erhvervsrelaterede indtægter udgjorde ca. 43 mio. kr.

Højesteret fandt, at erhvervsdriften i foreningen havde til formål at fremme medlemmernes økonomiske interesser og - i tråd med erhvervsankenævnskendelsen af 23. juni 1999 - at det ikke var en underordnet del af erhvervsdriften, som havde dette formål.

K

Af K's vedtægter fremgår det, at K's formål er:

- at varetage medlemmernes faglige og erhvervspolitiske interesser, såvel nationalt som internationalt,
- at påse og bidrage til, at medlemmerne opfylder pligter, som gælder for udøvelsen af deres hverv,
- at medvirke til højnelse af medlemmernes anseelse og kvalifikationer samt
- at medvirke til fastholdelse og udvikling af medlemmernes virksomheder.

Ud fra det vedtægtsmæssige formål er K en brancheforening af ideel karakter. K er imidlertid omfattet af LEV, hvis foreningens aktiviteter samtidig har til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser gennem erhvervsdrift, jf. forarbejder og retspraksis refereret ovenfor.

Det er konkluderet, at K udøver erhvervsdrift. Det fremgår imidlertid ikke af K's vedtægter, om K har til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser gennem erhvervsdrift. Ved vurderingen kan der imidlertid også lægges vægt på de reelle forhold.

Indkaldelsen til K's generalforsamling indeholder oplysninger om K's aktiviteter. Det fremgår bl.a., at K's skatterådgivning har til hovedformål at yde professionel skatterådgivning til medlemmerne til en fordelagtig pris, og at K øger indsatsen på det brugerfinansierede område (dvs. Knotes, kurser og skatterådgivning samt salg af manualer, skattepakker, kundebladet ... og en række andre produkter) ved bl.a. at intensivere salget til eksterne, der ikke er medlem af K.

Af K's hjemmeside fremgår 15 fordele ved at være medlem af K. Her nævnes bl.a. fordelagtige aftaler med hensyn til garantiforsikring og ansvarsforsikring.

Af resultatopgørelsen for 2002/2003 fremgår, at K havde indtægter fra kontingentbetaling på ca. 18 mio. kr., mens nettoomsætningen for brugerbetalte ydelser udgjorde ca. 13 mio. kr. Det fremgår, at de direkte omkostninger ved de brugerbetalte ydelser udgjorde ca. 9 mio. kr., og at resultatet af de brugerbetalte ydelser udgjorde ca. 1,1 mio. kr.

Med henvisning til resultatopgørelsen og de øvrige oplysninger om K's aktiviteter lægger styrelsen til grund, at en ikke uvæsentlig del af K's erhvervsdrift tager sigte på fremme medlemmernes økonomiske

interesser. Foreningens drift anvendes ikke udelukkende til fagpolitiske formål.

Styrelsen er ikke enig i, at brancheforeninger ikke er omfattet af LEV, jf. K's brev af 7. september 2004. Både i lovens bemærkninger og retspraksis er der støtte for, at ideelle foreninger, herunder brancheforeninger, er omfattet af LEV, hvis deltagernes økonomiske interesser fremmes gennem erhvervsdrift.

Endvidere er styrelsen ikke enig i, at de økonomiske fordele for medlemmerne er bagatelagtige. Omkring 40 % af K's samlede indtægter kommer fra brugerbetalte/erhvervsrelaterede ydelser, hvilket efter styrelsens opfattelse ikke er bagatelagtigt. Herved er der også henset til Erhvervsankenævnets kendelse og Højesterets dom.

Da K har begrænset ansvar, er foreningen herefter omfattet af registreringspligten i LEV. Dette indebærer samtidig, at foreningen er omfattet af årsregnskabsloven, jf. årsregnskabslovens § 1, stk. 2. Ud fra årsrapporten 2002/2003 er det styrelsens vurdering, at K er omfattet af regnskabsklasse B.

...”

I klageskrivelsen af 17. marts 2005 har advokat A anført:

” ...

De synspunkter som blev fremført af mig på vegne K i forbindelse med Erhvervs- og Selskabsstyrelsens behandling af sagen, fremgår af ...brev til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen af 7. september 2004. De i dette brev fremførte anbringender fastholdes i deres helhed under nærværende klagesag og jeg skal derfor i det følgende blot fremkomme med nogle supplerende bemærkninger til det i brevet anførte.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse bygger på, at K's erhvervsdrift i ikke uvæsentlig grad tilsigter på at fremme medlemmernes økonomiske interesser.

Denne vurdering svarer ikke til de faktiske forhold. K kan karakteriseres som en ideel brancheforening, hvis primære virke er, at de enkelte medlemmer mod betaling af et kontingent sikres et kontaktnetværk. De få brugerbetalte ydelser K udbyder til såvel medlemmer som ikke-medlemmer, bliver ikke udbudt til kostprisen eller derunder, idet der altid påregnes en fortjeneste på den enkelte ydelse. Hertil kommer, at K ikke konsoliderer sig i væsentligt omfang og at medlemmerne aldrig har modtaget noget udbytte fra K.

I Erhvervsankenævnets kendelse af d. 23. juni 1999, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen refererer til som et led i deres argumentation, er det netop anført, at én af følgende to betingelser skal være opfyldt før en virksomhed bliver registrerings- og regnskabspligtig i henhold til bestemmelserne i LEV:

1. foreningen oparbejder overskud, som ikke er påtænkt anvendt til fagpolitiske formål, eller
2. der lægges tjenesteydelser m.m. til medlemmerne til eller under kostprisen.

Eftersom K netop hverken konsoliderer sig i væsentligt omfang eller erlægger tjenesteydelser til medlemmerne under kostprisen, opfylder K ikke de opstillede kriterier for at blive omfattet af LEV.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse bygger tilsyneladende alene på en betragtning om, at K har en positiv egenkapital og at formodningen derfor er, at konsolideringen bliver benyttet til fremme af medlemmernes økonomiske interesser.

K har på grund af en medarbejders bedrageri mistet en stor del af foreningens egenkapital, jf. ... indkaldelse til generalforsamling i K af den 20. september 2004 med tilhørende årsrapport for 2003/2004 omfattende perioden 1. juli 2003 – 30. juni 2004. Konsolideringen i løbet af regnskabsåret 2003/2004 er sket med henblik på igen at opbygge egenkapitalen til et naturligt niveau, således at K har noget at stå imod med. Egenkapitalen udgør ultimo regnskabsåret 2003/2004 kr. 3.656.000,00 mod kr. 896.000 primo regnskabsåret 2003/2004. Primo regnskabsåret 2002/2003 udgjorde egenkapitalen kr. 3.948.000,00. Egenkapitalen er efter konsolideringen på næsten samme niveau, som forinden bedragerisagen påførte K et større tab. Mere end 50 procent af overskuddet i regnskabsåret 2002/2003 stammer i øvrigt fra kontingentbetalte ydelser hvilket viser, at der bevidst er konsolideret for at opbygge egenkapitalen til et naturligt niveau,

Endelig skal anføres, at K i opbygning og funktion minder om en lang række øvrige brancheforeninger, som ikke er blevet anset for at være omfattet af LEV.

...”

Af det i klageskrivelsen nævnte brev af 7. september 2004 fremgår blandt andet:

”...

K er enig i de henvisninger til love, forarbejder samt den offentliggjorte praksis i erhvervsankenævnet og UFR 2003.296H, ligesom vi er enige i lovens anvendelsesområde. Herudover er der enighed om, at den virksomhed K udøver kan karakteriseres som erhvervsdrift.

K er imidlertid ikke enig i Styrelsens fortolkning af, at der ifølge LEV § 1, stk. 1, drives virksomhed der ”har til formål at fremme virksomhedens deltageres økonomiske interesser gennem erhvervsdrift”.

... i Styrelsens skrivelse [af 13. juni 2004] diskuteres netop dette forhold – ”fremme af deltagernes økonomiske interesser.”

Det er ganske rigtigt, at lovgiver helt bevidst har foretaget en afgrænsning af lovens anvendelsesområde og der er således tale om en indsnævring af erhvervsbegrebet, som det kendes i selskabslovene bl.a. aktieselskabsloven, anpartsselskabsloven og loven om erhvervsdrivende fonde. Af bemærkningerne til loven FTA 1993/1994 spalte 1670 fremgår bemærkningerne til lovens § 1, og det fremgår heraf følgende;

”tilføjelsen af dette (fremme af deltagernes økonomiske interesser) yderligere kriterium har til formål at afgrænse lovens anvendelsesområde overfor ideelle foreninger der udøver erhvervsdrift. – Opfyldes en virksomheds ideelle formål gennem erhvervsdrift til virksomheden ikke være omfattet af lovforslaget, hvis udøvelsen af erhvervsdriften ikke samtidig har til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser.”

Loven tager hovedsagelig sigte på at deltagernes økonomiske interesser kan fremmes ved økonomiske fordele, såsom overskudsdeling, udlodning ved opløsning af virksomheden m.v. bonuser, rabatter m.v.

Det fremgår endvidere af motiverne, at der direkte nævnes ideelle foreninger, som **ikke** er omfattet af lovforslaget, bl.a. brancheforeninger indenfor landbrug, industri, handel, service, mv. - K er netop en sådan brancheforening, som det udtrykkeligt har været lovgivers hensigt **ikke** skulle være omfattet af LEV.

Det synes imidlertid ikke som om styrelsen har citeret lovens forarbejder på dette punkt med den præcise ordlyd og særligt ikke når der foretages henvisninger til Erhvervsankenævnets kendelse af 23. juni 1999.

Den pågældende virksomhed som var en landsforening indenfor landbruget, var moderorgan for et holdingselskab og tre erhvervsdrivende datterselskaber. Det fremgår endvidere, at der var en betydelig omsætning på et trecifret millionbeløb og en balance på et tocifret millionbeløb.

Det fremgår endvidere af kendelsen, at hvis der oparbejdes overskud som ikke er tænkt anvendt til fagpolitiske formål eller der erlægges tjenesteydelser mm. til medlemmerne til eller under kostprisen medfører det registreringspligt.

Styrelsen henviser yderligere til FDM dommen UFR 2003.296H. Her foreligger det oplyst, at FDM via en lang række erhvervsdrivende datterselskaber bl.a. direkte varesalg, drift af testcentre, udlejning af campingpladser, rej[s]ebureauvirksomhed og særlige bonus og rabatorninger i forbindelse hermed, havde indtægter i 2000, der udgjorde 126 mio. kr., hvoraf de erhvervsrelaterede indtægter udgjorde 43 mio. kr. - Det vides ikke hvad FDM's balance var/er, men der er formentlig også tale om betydelige beløb.

Styrelsen har modtaget kopi af K' s årsrapport pr. 30. juni 2003 og som det fremgår, er det anderledes beskedne tal der viser sig i denne årsrapport.

Det udviser således en negativ drift af de kontingentbetalte ydelser på kr. 347.000 og de brugerbetalte ydelser viser heldigvis et positivt resultat på 1,1 mio. kr., således at det samlede resultat før skat udgør 809.000 kr.

På grund af ekstraordinære omstændigheder led K et voldsomt tab, således at årets resultat reelt blev negativt med 3 mio. kr.

Det bemærkes endvidere at K ikke har hverken datterselskaber, holdingselskaber eller andre organisationer men er en ganske almindelig brancheforening med som det fremgår af ... indkaldelsen til generalforsamling, et medlemstal på ca. 2.300 medlemmer.

K opsamler ikke nogen betydelige formuer, men bruger den væsentligste del af kræfterne på at gøre opmærksom på og støtte K's medlemmer, såvel generelt som konkret.

Det skal bemærkes, at K ikke udbyder nogle af de brugerbetalte ydelser til kostpris eller derunder, men opererer altid med en budgetteret fortjeneste.

Styrelsen bemærker, at det fremgår af K's hjemmeside, at der er 15 fordele ved at være medlem af K. Som det eneste direkte økonomiske forhold fremhæver styrelsen "fordelagtige aftaler mht. garantiforsikring og ansvarsforsikring. K har forhandlet gode vilkår hjem for dig."

Det kan oplyses, at garantiforsikringen er den lovpligtige forsikring, som enhver revisor har pligt til at tegne for at være revisor. Ansvarsforsikringen er ligeledes lovpligtig og gælder til dækning af revisorernes professionelle ansvar. - De rabatter som forsikringsselskabet B har tilbudt, er så vidt vides ca. på 100 kr. for garantistillelsen, medens rabatten for den lovpligtige ansvarsforsikring altid gives af forsikringsselskabet på baggrund af den individuelle vurdering af den enkelte revisionsvirksomheds sammensætning, opgaver, risikoprofil mv.

Det skal bemærkes, at det i modsætning til Advokatsamfundet ikke er lovbealet for registrerede revisorer at være medlem af K og der findes derfor flere revisorer som ikke er medlem af K, men som er medlem af andre sammenslutninger. Hvorvidt disse sammenslutninger har mulighed for at opnå tilsvarende "fordelagtige" aftaler med forsikringsselskaberne, er man naturligvis ikke bekendt med, men det forekommer naturligt at en sammenslutning der forhandler om en bestemt pris altid kan opnå lidt mere fordelagtige vilkår end andre.

Det er imidlertid ikke sådanne nærmest bagatelagtige fordele loven har tænkt på, når det direkte af forarbejderne fremgår at brancheforeninger ikke er omfattet af loven.

Styrelsen er da også selv inde på, at der er tale om et væsentlighedskriterium og det skal være væsentlige målbare og direkte fordele for medlemmerne og ikke blot almindelige rabatter.

Styrelsen lægger endvidere vægt på, "at også indirekte må anses at medlemmer opnår økonomiske fordele ved at være medlem".

Man må naturligvis håbe, at den omstændighed at medlemmerne af K har sluttet sig sammen i en brancheforening og de reklamerer med medlemskab af en anerkendt forening indirekte medfører, at medlemmerne af K står stærkere end andre revisorer, men heller ikke dette kan have været lovgivers intention ved udformningen af bestemmelserne og særligt må der henses til, at det overordnede formål ifølge forarbejderne er anført, at brancheforeninger ikke er omfattet af lovforslaget.

Sammenfattende finder K således, at man ikke er omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder.
..."

I en over sagen af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse af 11. maj 2005 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen udtalt sig i det væsentlige som i den påklagede afgørelse. Styrelsen har i øvrigt bemærket:

"...

K anfører supplerende i sin klage, at de brugerbetalte ydelser, som K udbyder til medlemmer og ikke-medlemmer, ikke bliver udbudt til kostprisen eller derunder, men at der altid påregnes en fortjeneste på den enkelte ydelse. Endvidere, at K ikke konsoliderer sig i væsentligt omfang, og at medlemmerne aldrig har modtaget udbytte fra K.

Styrelsen bemærker, at der ikke i sagen foreligger dokumentation for, om K's kurser udbydes over, under eller til kostprisen. Dette ses heller ikke at være afgørende for sagens bedømmelse.

Afgørende er, at K's resultatopgørelse og de øvrige oplysninger om K's aktiviteter, kursustilbud til medlemmerne m.v. viser, at en væsentlig del af K's erhvervsdrift tager sigte på at tilvejebringe og udbyde produkter, der fremmer medlemmernes økonomiske interesser. Erhvervsdriften anvendes ikke udelukkende til fagpolitiske formål, jf. Erhvervsankenævnets kendelse af 23. juni 1999.

Endvidere bemærker styrelsen, at det forhold, at der ikke udbetales udbytte til medlemmerne, ikke er afgørende for sagens bedømmelse. Det følger af Erhvervsankenævnets kendelse af 23. juni 1999 og FDM-dommen, hvor det ikke blev tillagt vægt, at der ikke blev udloddet udbytte til medlemmerne.
..."

Advokat A har i skrivelse af 30. maj 2005 supplerende anført:

"...

Det fremgår af forarbejderne til Lov om erhvervsdrivende virksomheder, at det har været lovgivers intention at udeholde brancheforeninger fra definitionen på erhvervsdrivende virksomheder i Lov om erhvervsdrivende virksomheders forstand.

Brancheforeninger vil kun blive omfattet af Lov om erhvervsdrivende virksomheder, såfremt den pågældende brancheforening udover de aktiviteter, som ligger indenfor formålet med en sådan brancheforening, herunder politiske og etiske mål, skabelsen af et netværk samt fælles kommunikation og holdninger overfor omverdenen - i væsentligt omfang varetager medlemmernes økonomiske interesser.

Med *økonomiske interesser* forstås direkte profit for foreningens medlemmer f.eks. i form af udbytte eller køb af varer/tjenesteydelser til eller under kostpris. Begrebet *økonomiske interesser* omfatter derimod navnlig **ikke** profit, som foreningen skaber ved salg af varer/tjenesteydelser til markedspris, når selve formålet med dette salg/tjenesteydelser er at skabe økonomisk råderum for varetagelsen af det branchemæssige hovedformål.

Foreninger kan pr. definition ikke udbetale udbytte og begrebet *økonomiske interesser* i Lov om erhvervsdrivende virksomheders forstand foreligger således udelukkende ved salg af varer/tjenesteydelser til foreningens medlemmer til eller under kostpris.

Dette er og har aldrig været tilfældet i K. K sælger tjenesteydelser med fortjeneste for øje, hvilket underbygges af, at de brugerbetalte ydelser har givet overskud i regnskabsårene 2002/03 og 2003/04.

Det må bero på en misforståelse af begrebet *økonomiske interesser*, når Erhvervs- og Selskabsstyrelsen konkluderer, at K må anses at varetage medlemmernes *økonomiske interesser* i væsentligt omfang, blot fordi 40 % af omsætningen i regnskabsåret 2002/03 stammer fra brugerbetalte ydelser. Argumentet er derimod brugbart, såfremt overskuddet fra brugerbetalte ydelser var anvendt til at levere varer/tjenesteydelser m.v. med rabat til foreningens medlemmer.

Såfremt Erhvervs- og Selskabsstyrelsens definition benyttes, vil samtlige brancheforeninger blive omfattet af Lov om erhvervsdrivende virksomheder, blot der foreligger erhvervsvirksomhed. Forskellen mellem en erhvervsdrivende ideel forening og en erhvervsdrivende forening, hvis interesser er at varetage medlemmernes *økonomiske interesser* er, at en erhvervsdrivende forening, hvis interesser er at varetage medlemmernes *økonomiske interesser* benytter overskuddet fra sin erhvervsvirksomhed til at give medlemmerne kontante rabatter af forskellig art, mens en erhvervsdrivende ideel forening benytter overskuddet fra sin erhvervsvirksomhed til varetagelse af branchemæssige formål.

At begrebet *økonomiske interesser* skal forstås på denne måde, fremgår tydeligt ved en gennemlæsning af såvel Højesterets dom, U 2003.296-

2H, og Erhvervsankenævnets kendelse af 23. juni 1999 i sag nr. 98-193.185.

I højesteretssagen ansås FDM netop for at varetage medlemmernes *økonomiske interesser*, fordi FDM havde en omfattende række erhvervsvirksomheder, der alle havde til fælles at yde bonus og rabatordninger til FDMs medlemmer. Dette fremgår direkte af landsrettens præmisser, der blev tiltrådt uændret af Højesteret.

I Erhvervsankenævnets kendelse af 23. juni 1999 udtaltes det i præmisserne, at en brancheforening kun kunne blive omfattet af Lov om erhvervsdrivende virksomheder, såfremt den enten konsoliderede sig med henblik på andet end udnyttelse af midlerne til fagpolitiske formål eller såfremt foreningen solgte varer/tjenesteydelser til eller under kostpris.

K er en typisk brancheforening, hvis primære formål er varetagelse af politiske, etiske og organisatoriske formål. K har på intet tidspunkt benægtet, at en mindre del af foreningens omsætning stammer fra erhvervsmæssig aktivitet, men det er samtidig anført og underbygget, at der ikke er leveret varer/tjenesteydelser til foreningens medlemmer til eller under kostpris. Idet K på intet tidspunkt har benyttet overskuddet fra sine erhvervsmæssige aktiviteter til at fremme medlemmernes *økonomiske interesser*, er K følgelig ikke omfattet af Lov om erhvervsdrivende virksomheder.

...”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har i skrivelse af 5. juli 2005 yderligere udtalt:

”...

Styrelsen bemærker at afgørelsen af, hvorvidt virksomhedens formål er at fremme deltagerens økonomiske interesser kan udledes af såvel vedtægterne som af de reelle forhold i virksomheden. Dette fremgår af lovens forarbejder. Endvidere fremgår det af forarbejderne, at deltagerens økonomiske interesser kan fremmes ved ”økonomiske fordele som overskudsdeling, udlodning ved opløsning m.v., bonus, rabat m.v.” Med denne beskrivelse nævnes således en række eksempler på, hvornår der kan foreligge en økonomisk interesse hos medlemmerne. Hermed er der imidlertid ikke udtømmende gjort op med, hvornår der konkret foreligger en økonomisk interesse. Efter styrelsens opfattelse er der således ikke støtte for en snæver fortolkning af begrebet økonomiske interesser, som K lægger op til. Derimod må der i hvert tilfælde foretages en konkret vurdering af, om medlemmernes økonomiske interesse fremmes gennem virksomhedens aktivitet.

...

Det er imidlertid styrelsens vurdering, at K i ikke uvæsentligt omfang fremmer medlemmernes økonomiske interesser, og at foreningen derfor er registreringspligtig i henhold til LEV.

K anfører med henvisning til erhvervsankenævnskendelsen af 23. juni 1999, at foreningen ikke leverer varer eller tjenesteydelser til medlemmerne til eller under kostpris, og at foreningen på intet tidspunkt har benyttet overskuddet fra sine erhvervsmæssige aktiviteter til at fremme medlemmernes økonomiske interesser.

Som nævnt i styrelsens brev af 11. maj 2005 kan det efter styrelsens opfattelse ikke alene være afgørende, hvorvidt K erlægger ydelser til sine medlemmer til eller under kostprisen. Afgørende er, at K's resultatopgørelse og de øvrige oplysninger om K's aktiviteter, kursustilbud til medlemmerne m.v. viser, at en væsentlig del af K's erhvervsdrift tager sigte på at tilvejebringe og udbyde produkter, der fremmer medlemmernes økonomiske interesser. Dette skal ses i lyset af den brede og ikke udtømmende beskrivelse af begrebet økonomiske interesser i lovens forarbejder.

...

Endvidere henviser styrelsen til ... udskrifter af d.d. fra K's hjemmeside, som er to eksempler på, at K tilbyder medlemmer en fordelagtig pris på revisorkurser i forhold til ikke-medlemmer. Dette er med til at underbygge styrelsens opfattelse af, at medlemmer af K opnår konkrete økonomiske fordele som følge af medlemskabet af foreningen, og at foreningen derfor er registreringspligtig i henhold til LEV."

Ankenævnet udtaler:

K er en brancheforening af ideel karakter. Det er ubestridt, at foreningen udøver erhvervsvirksomhed.

Såfremt en ikke uvæsentlig del af erhvervsdriften har til formål at fremme medlemmernes økonomiske interesser, skal foreningen registreres, jf. lov om visse erhvervsdrivende virksomheder §§ 1, 3 og 8.

Af lovbemærkningerne (Folketingstidende 1993-94, spalte 1670) fremgår blandt andet:

"Stk. 1 indeholder 2 kriterier for, at en virksomhed omfattes af loven. En virksomhed, der omfattes af lovforslaget, er karakteriseret ved dels at have til formål at fremme deltagerens økonomiske interesser, dels at deltagerens økonomiske interesser fremmes gennem virksomhedens erhvervsdrift. Er kun et af kriterierne opfyldt, er virksomheden ikke omfattet af lovforslaget.

Erhvervsdriften kan følge af såvel virksomhedens formål efter vedtægterne som virksomhedens faktiske aktiviteter.

At virksomheden for at blive omfattet af loven ud over at være erhvervsdrivende skal have til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser, er en indsnævring af erhvervsbegrebet i forhold til selskabslove...

Tilføjelsen af dette yderligere kriterium har til formål at afgrænse lovens anvendelsesområde over for ideelle foreninger, der udøver erhvervsdrift.

Opfyldes en virksomheds ideelle formål gennem erhvervsdrift, vil virksomheden ikke være omfattet af lovforslaget, hvis udførelsen af erhvervsdriften ikke samtidig har til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser.

Om virksomhedens formål er fremme af deltagernes økonomiske interesser kan udledes af såvel vedtægterne som af de reelle forhold i virksomheden.

Deltagernes økonomiske interesser kan fremmes ved økonomiske fordele som overskudsdeling, udlodning ved opløsning m.v., bonus, rabat m.v.

Som eksempler på ideelle foreninger, der ikke er omfattet af lovforslaget kan nævnes foreninger med et socialt, politisk, kulturelt eller humanitært formål såsom idrætsklubber, fagforeninger, humanitære organisationer, brancheforeninger inden for landbrug, industri, handel, service m.v., partiforeninger, spejderhytter, kunst- og teaterforeninger m.v. De falder uden for lovens område, uanset de måtte drive erhverv, blot deltagernes økonomiske interesser ikke fremmes ved denne erhvervsaktivitet..."

K er en brancheforening. Vedtægterne giver ikke holdepunkter for, at foreningen har til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser gennem erhvervsdrift.

Det fremgår af bestyrelsens beretning til årsrapporterne for 2001/2002, 2002/2003 og 2003/2004, at en stor og voksende del af foreningens indtægtsgrundlag stammer fra brugerydelser, som først og fremmest henvender sig til medlemmerne. Aktiviteterne drives på markedsvilkår og går først og fremmest til at konsolidere foreningens økonomi. I følge årsrapporten for 2001/2002 udgør de brugerfinansierede aktiviteter ca. 40 % af indtægtsgrundlaget for foreningen.

Når henses hertil og oplysningerne om baggrunden for den stedfundne økonomiske konsolidering, finder ankenævnet ikke, at medlemmernes økonomiske interesser fremmes gennem de af foreningen udøvede erhvervsmæssige aktiviteter.

Ankenævnet finder herefter ikke, at K er registreringspligtig, jf. lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, og ophæver derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 18. februar 2005.

4.9. LOV OM ERHVERVSDRIVENDE FONDE

18) Kendelse af 31. oktober 2006 (J.nr. 2006-0005255).

Sletning af fond i registeret for erhvervsdrivende fonde på grund af manglende erhvervsmæssig aktivitet.

Lov om erhvervsdrivende fonde § 1, stk. 1-3.

(Anders Hjulmand, Finn Møller Kristensen og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 6. februar 2006 har advokat A på vegne af K (fond) klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 9. januar 2006 meddelte fonden, at styrelsen samme dag havde slettet fonden fra registeret over erhvervsdrivende fonde på grund af fondens manglende erhvervsmæssige aktivitet.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 9. januar 2006 hedder det:

” Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har modtaget Deres brev af 3. januar 2006, hvori De redegør for fondens erhvervsaktivitet.

De oplyser bl.a., at baggrunden for den anlagte investeringsstrategi på kort sigt har været et ønske om at sikre den efterlevende enke, der i vedtægten er tillagt en livsvarig rentenydelsesret, et så stort afkast, som omstændighederne muliggør. De bemærker i den forbindelse, at når rentenydelsesretten bortfalder, vil investeringsstrategien blive taget op til fornyet drøftelse.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal hertil som fondsmyndighed for fonden bemærke, at det fremgår af fondens årsregnskaber for perioden 2001 til 2004, at fondens eneste indtægter i perioden har været renteindtægter og aktieudbytter samt realiseret kurstab, samt at fondens aktiver i perioden har været en værdipapirbeholdning samt tilgodehavender og bankindeståender.

Det er Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, at fonden ikke har nogen erhvervsmæssig aktivitet, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 3. K (fond) skal derfor ikke registreres i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen som en erhvervsdrivende fond, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 1, stk. 3. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har derfor dags dato slettet fonden fra styrelsens register over erhvervsdrivende fonde.

Det vil være Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, at fonden ikke er erhvervsdrivende, så længe der ikke sker afgørende ændringer i fondens erhvervsmæssige aktivitet, herunder fondens erhvervsmæssige bruttoindtægter.

...”

I klageskrivelsen af 6. februar 2006 har advokat A anført:

”Ved nærværende tillader jeg mig høfligst at indbringe Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse dateret 9. januar d.å, hvoraf jeg for god ordens skyld vedlægger kopi for Erhvervsankenævnet.

Min motivering for at indbringe afgørelsen er identisk med de informationer jeg meddelte til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i min skrivelse af 3. januar ligeledes d.å., og hvoraf jeg ligeledes vedlægger kopi.

Supplerende kan jeg i øvrigt oplyse, at enken, fru B, som var tilsagt en livsvarig rentenydelsesret, afgik ved døden den 24. december 2005, hvilket naturligvis muliggør en ændring af den hidtidige investeringspolitik.”

I den vedlagte skrivelse af 3. januar 2006 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anførte advokat A:

”...

Ved nærværende skal jeg høfligst bekræfte min telefoniske meddelte oplysning ifølge hvilken, er baggrund for den anlagte investeringsstrategi på kort sigt har været affødt af ønsket om, at sikre den efterlevende enke der i fondsfundatsen var tillagt en livsvarig rentenydelsesret, et så stort afkast som omstændighederne muliggjorde.

Når rentenydelsesretten bortfalder, vil investeringsstrategien blive taget op til fornyet drøftelse.”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 10. maj 2006 udtalt:

”...

Sagens faktiske omstændigheder

K (fond) blev stiftet den 1. januar 2001.

Fonden blev efterfølgende anmeldt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen som en erhvervsdrivende fond.

I forbindelse med styrelsens behandling af sagen anmodede styrelsen om en nærmere redegørelse for fondens erhvervmæssige virksomhed, herunder omfanget af fondens erhvervmæssige indtægter og erhvervmæssige aktiver og passiver.

Det blev i forlængelse heraf oplyst, at fondens formue ville blive placeret i industri-, erhvervs- og udlejningsejendomme til privat beboelse med henblik på videresalg og udlejning.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fandt på det grundlag, at der var tale om en registreringspligtig erhvervsdrivende fond omfattet af lov om erhvervsdrivende fonde, og styrelsen registrerede som følge heraf fonden den 18. maj 2001.

I december 2005 udtog Erhvervs- og Selskabsstyrelsen som fondsmyndighed fondens årsregnskab for 2004 til gennemgang.

Efter en gennemgang af fondens vedtægter og fondens tidligere indsendte årsregnskaber fandt Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, at fondens erhvervmæssige aktivitet var af begrænset omfang. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anmodede som følge heraf bestyrelsen om en redegørelse.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen modtog den 4. januar 2006 en redegørelse fra advokat A. Det fremgår af redegørelsen, at baggrunden for fondens investeringsstrategi var et ønske om at sikre den efterlevende enke, der i fondens vedtægt var tillagt en livsvarig renteydelsesret, et så stort afkast som muligt.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen traf den 9. januar 2006 afgørelse om, at fonden efter styrelsens opfattelse ikke har nogen erhvervmæssig aktivitet, og fonden derfor ikke skal registreres i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen som en erhvervsdrivende fond.

Sagens retlige omstændigheder

Efter lov om erhvervsdrivende fonde § 1 finder loven anvendelse på fonde, der kan anses for erhvervsdrivende. Det er i § 1, stk. 2, defineret, hvornår en erhvervsdrivende fond anses for erhvervsdrivende. Det fremgår af denne bestemmelse, at en fond anses for erhvervsdrivende efter denne lov, hvis den:

- 1) overdrager varer eller immaterielle rettigheder, erlægger tjenesteydelser eller lignende, for hvilke den normalt modtager vederlag, eller
- 2) udøver virksomhed med salg eller udlejning af fast ejendom eller
- 3) har den i aktieselskabslovens § 2, stk. 2, jf. stk. 4 og 5, anførte forbindelse med et aktie- eller anpartsselskab eller med en anden virksomhed af den i nr. 1 eller 2 nævnte art eller
- 4) udøver en bestemmende indflydelse over en anden virksomhed i henhold til vedtægt eller aftale og har en betydelig andel i dens driftsresultat uden at have den i nr. 3 anførte forbindelse med virksomheden.

I henhold til bemærkningerne til § 1, stk. 2, er det afgørende fondens faktiske virksomhed, og angivelsen af fondens formål i vedtægten er således for [ikke] eksempel ikke afgørende for, hvorvidt en fond kan anses for erhvervsdrivende.

Efter bestemmelsen i § 1, stk. 3, anses en fond dog blandt andet ikke for erhvervsdrivende, hvis fondens virksomhed er af begrænset omfang eller kun omfatter en uvæsentlig del af fondens samlede formue.

Bemærkningerne til § 1, stk. 3, anfører udtrykkeligt, hvilke tilfælde denne bestemmelse blandt andet skal finde anvendelse på. Det fremgår således blandt andet:

”Forslagets § 1, stk. 3, indeholder en begrænsning i erhvervsdefinitionen, således at en fond ikke anses for erhvervsdrivende – og derfor holdes uden for lovforslagets anvendelsesområde – dersom erhvervsvirksomheden er af begrænset omfang eller kun omfatter en uvæsentlig del af fondens samlede formue. Der tænkes her blandt andet på tilfælde, hvor fondens kapitalgrundlag i alt væsentlighed består af obligationer, pantebreve eller eventuelle kapitalandele i form af aktier, anparter eller lignende uden dertil knyttet bestemmende indflydelse, og på tilfælde, hvor fonden driver eller har den krævede indflydelse over en erhvervsvirksomhed, der i henhold til fondens samlede aktivmasse udgør en ubetydelig del. Bestemmelsen tager imidlertid også sigte på tilfælde, hvor fondens erhvervsvirksomhed i sig selv er af begrænset omfang, f.eks. tilfælde, hvor en fond ejer en mindre udlejningsejendom.”

I den konkrete sag fremgår det af fondens årsregnskaber for perioden 2001 til 2004, at fondens eneste indtægter i perioden har været renteindtægter og udbytter fra aktier i selskaber, hvor fonden ikke har haft bestemmende indflydelse samt realiseret kurstab, samt at fondens aktiver i perioden har været en værdipapirbeholdning samt tilgodehavender og bankindeståender.

Det er Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse som følge af forarbejderne til § 1, stk. 3, at fonden ikke har nogen erhvervmæssig aktivitet, og at K (fond) derfor [ikke] skal være [registreret] [ikke registreres] i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen som en erhvervsdrivende fond, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 1, stk. 3.

Det gælder uanset baggrunden for fondens manglende erhvervmæssige aktivitet. Det er dog samtidigt klart, at hvis der sker afgørende ændringer i fondens erhvervmæssige aktivitet, herunder fondens erhvervmæssige bruttoindtægter, vil fonden igen kunne blive registreret som en erhvervsdrivende fond, jf. også lov om erhvervsdrivende fonde § 51, hvilket også fremgik af styrelsens brev af 9. januar 2006.

...”

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af fondens årsregnskab for 2001 og årsrapporter for 2002-2004, at fonden ikke driver nogen erhvervsvirksomhed, og at fondens aktiver i nævnte periode alene har været en værdipapirbeholdning samt mindre bankindeståender og tilgodehavender, og at fondens indtægter udelukkende har været aktieudbytter og renteindtægter. Det er ubestridt, at fonden ikke har haft en sådan bestemmende indflydelse på en erhvervsvirksomhed som omhandlet i lov om erhvervsdrivende fonde § 1, stk. 2, nr. 3 eller 4, jf. stk. 3.

På denne baggrund tiltræder ankenævnet, at K (fond) ikke kan anses for at være erhvervsdrivende, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 1, stk. 1-3, og at fonden derfor er slettet fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsens register over erhvervsdrivende fonde.

Ankenævnet stadfæster således Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 9. januar 2006.

4.10. ÅRSREGNSKABSLOVEN

19) Kendelse af 7. april 2006 (J.nr. 2005-0002621).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabsloven §§ 151 og 152.

(Lars Holtug, Christian Hjorth-Andersen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 17. marts 2005 har K1 og K2 klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 11. marts 2005 har pålagt dem en afgift på 3.000 kr. hver for ikke rettidig indsendelse af årsrapport for K ApS.

Sagens omstændigheder:

Da årsrapport for perioden 28. august 2003 til 30. juni 2004 for K ApS ikke var modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden den i årsregnskabslovens § 138, stk. 1, 2. pkt., fastsatte frist på 5 måneder efter regnskabsårets udløb, sendte styrelsen i henhold til lovens § 150 den 6. december 2004 brev til selskabets ledelse på selskabets registrerede adresse med påkrav om at modtage årsrapporten senest den 16. december 2004. Samtidig meddelte styrelsen, at såfremt årsrapporten blev modtaget senere, ville hvert medlem af selskabet øverste ledelse blive pålagt en afgift for overskridelse af indsendelsesfristen i medfør af årsregnskabslovens §§ 150-152.

Styrelsen meddelte videre, at såfremt årsrapporten ikke var modtaget senest den 3. januar 2005, ville styrelsen uden yderligere varsel anmode skifteretten om at tvangsopløse selskabet.

Da årsrapporten ikke var modtaget inden for den fastsatte frist, anmodede styrelsen ved skrivelse af 8. februar 2005 skifteretten om at opløse selskabet under henvisning til anpartsselskabslovens § 60, jf. § 61. Selskabets bestyrelse modtog kopi af denne skrivelse.

Den 28. februar 2005 modtog styrelsen årsrapporten for selskabet.

Ved skrivelser af 11. marts 2005 pålagde styrelsen herefter under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, K2 og K1 en afgift på 3.000 kr. hver.

I klageskrivelsen af 17. marts 2005 har K2 og K1 anført:

”Jeg har den 16.3.2005 modtaget 2 opkrævninger a kr. 3000,00 for, for sen indlevering af årsregnskabet. Da det er først år, at vi har firmaet og vi ikke har været godt indsat i tingene, syntes jeg godt at disse opkrævninger kan frafaldes.

Vi har trods alt ved hjælp at revisoren bragt orden i tingene inden for meget kort tid, hvilket allerede har kostede os en hel del penge.

Dette kommer ikke til at gentage sig næste år.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 31. marts 2005 udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder:

Det fremgår af § 8, stk. 2, i årsregnskabsloven (ÅRL), jf. lovbekendtgørelse nr. 196 af 23. marts 2004, at:

”Hvert medlem af de pågældende ledelsesorganer har ansvar for, at årsrapporten udarbejdes i overensstemmelse med lovgivningen og eventuelle yderligere krav til regnskaber i vedtægter eller aftale. Ved udarbejdelsen skal de endvidere iagttage de for virksomheden gældende standarder, jf. § 136 og 137. Endvidere har hvert enkelt medlem ansvar for, at årsrapporten, hvis revision er krævet, kan revideres og godkendes i tide. Hvert enkelt medlem af det øverste ledelsesorgan har ansvar for, at årsrapporten indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden for de i loven fastsatte frister.”

Videre fremgår det af ÅRL § 138, stk. 1, at:

”virksomheder omfattet af regnskabsklasse B, C og D skal uden ugrundet ophold efter godkendelsen indsende den reviderede og godkendte årsrapport til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. § 3, stk. 1, og § 7. Årsrapporten skal være modtaget i styrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning, idet fristen dog er 4 måneder for virksomheder omfattet af regnskabsklasse D. Der kan ikke dispenseres fra disse frister, jf. dog §§ 140 og 141.”

ÅRL § 150, stk. 1, 1. pkt., bestemmer, at:

”Er årsrapport eller undtagelseserklæring ikke modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, når fristen i § 138, stk. 1, 2. pkt., er udløbet, sender styrelsen et brev med påkrav til virksomhedens ledelse på virksomhedens adresse med anmodning om at indsende virksomhedens årsrapport eller undtagelseserklæring.”

Videre fremgår af ÅRL § 150, stk. 2, at:

”I påkravsbrevet gives en frist på 8 hverdage fra brevets datering til indsendelse af årsrapport. Modtages årsrapporten eller undtagelseserklæringen i styrelsen inden udløbet af denne frist, foretager styrelsen ikke yderligere som følge af forsinkelsen.”

Af stk. 3 fremgår, at:

”I påkravsbrevet anføres endvidere en frist på 4 uger fra brevets datering. Herefter kan styrelsen, hvis årsrapport eller undtagelseserklæring ikke er modtaget inden udløbet af denne frist, beslutte at anmode skifteretten om at opløse virksomheden i overensstemmelse med den for virksomheden gældende lovgivning herom.”

Såfremt årsrapporten modtages i styrelsen senere end den frist, der gives i påkravsbrevet, fremgår det af ÅRL § 151, stk. 1-3, at:

”Modtages årsrapporten eller undtagelseserklæringen efter udløbet af fristen på 8 hverdage fra påkravsbrevets datering, jf. § 150, stk. 2, pålægger Erhvervs- og Selskabsstyrelsen hvert medlem af virksomhedens øverste ansvarlige ledelse henholdsvis hver filialbestyrer en afgift.

Stk. 2. Afgiften beregnes fra udløbet af fristen i § 138, stk. 1, 2. pkt.

Stk. 3. Afgiften udgør 500 kr. pr. ledelsesmedlem henholdsvis filialbestyrer for 1. påbegyndte måned, i alt 2.000 kr. for 2. påbegyndte måned og i alt 3.000 kr. for 3. påbegyndte måned. Afgiften kan højst udgøre 3.000 kr. pr. ledelsesmedlem henholdsvis filialbestyrer.”

Endelig fremgår det af ÅRL § 152, at:

”Under ganske særlige omstændigheder kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen helt eller delvis fritage et ledelsesmedlem eller en filialbestyrer for betaling af afgift efter § 151, hvis den pågældende kan godtgøre over for styrelsen, at han eller hun har søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges ham eller hende til last.

Stk. 2. Det fritager ikke i sig selv det enkelte ledelsesmedlem for ansvar, at det ansvarspådragende forhold er begået af virksomhedens ansatte, rådgivere eller lignende.

Af bemærkningerne til ÅRL § 152, fremgår, jf. L 138 FT 2000/01, at undtagelsesadgangen skal anvendes på ”upåregnelige forhold”. Af selv samme bemærkninger fremgår, at det er en betingelse, at det enkelte ledelsesmedlem kan dokumentere, at han eller hun har forsøgt at fremme indsendelsen af årsrapporten.

...

Styrelsens bemærkninger:

Indledningsvis bemærker styrelsen, at klager, forud for klagen til Erhvervsankenævnet, ikke har anmodet styrelsen om at tage stilling til, hvorvidt ÅRL § 152 finder anvendelse på det konkrete forhold.

Videre bemærkes det, at styrelsen den 8. februar anmodede skifteretten om at tvangsopløse selskabet og underrettede klager herom, men modtog først en årsrapport fra selskabet ultimo februar 2005.

Dette var efter udløbet af den frist, der fremgår af ÅRL § 138, stk. 1, og efter udløbet af den frist, der fremgik af styrelsens påkravsbrev af 6. december 2005[2004]. Som følge af overskridelsen skal styrelsen, jf. ÅRL § 151, pålægge hvert enkelt ledelsesmedlem en afgift, hvilket skete med styrelsens skrivelser, ...

Såfremt der foreligger ganske særlige omstændigheder kan styrelsen, jf. ÅRL § 152, stk. 1, helt eller delvis fritage det enkelte ledelsesmedlem for betaling af afgift.

I den konkrete sag er det, efter styrelsens opfattelse, ikke godtgjort, at der foreligger sådanne omstændigheder, der kan medføre en anvendelse af ÅRL § 152, stk. 1.

Styrelsen skal yderligere bemærke, at det følger af ÅRL § 8, at selskabets ledelse har ansvaret for overholdelse af fristerne, og det følger tillige af ÅRL § 152, at det enkelte ledelsesmedlem kun kan fritages for betaling af afgift, såfremt vedkommende har søgt at fremme indsendelsen af årsrapporten. Det ses ikke godtgjort, at klager har udvist en sådan aktivitet omkring den rettidige indsendelse af årsrapporten, at vedkommende kan siges at have søgt at fremme indsendelsen, og derfor bør fritages for afgift.

...”

K2 og K1 er ikke fremkommet med bemærkninger til styrelsens udtalelse af 31. maj 2005.

Ankenævnet udtaler:

K2 og K1 har til støtte for klagen anført, at det er første år de har anpartsselskabet, at de ikke har været sat godt ind i tingene, og at der er bragt orden i tingene inden for meget kort tid.

Da det anførte ikke er en sådan ganske særlige omstændighed, som kan begrunde hel eller delvis fritagelse for betaling af pålagte afgifter, tiltræder ankenævnet Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelser af 11. marts 2005.

20) Kendelse af 9. maj 2006 (J.nr. 2005-0003400).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Lars Holtug, Poul Østergaard Mortensen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelser af 23. august 2005 har K på egne og vegne af de øvrige ledelsesmedlemmer i K1 A/S, Ejendomsgruppen K2 A/S, Ejendomsselskabet K3 ApS og K4 A/S klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har pålagt de pågældende ledelsesmedlemmer betaling af en afgift for ikke rettidig indsendelse af selskabernes årsrapporter for 2004.

Sagens omstændigheder:

De omhandlede selskaber har alle kalenderåret som regnskabsperiode. Da selskabernes årsrapporter for 2004 ikke var modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden den i årsregnskabslovens § 138, stk. 1, 2. pkt., fastsatte frist på 5 måneder efter regnskabsårets udløb, sendte styrelsen i henhold til lovens § 150, stk. 1, den 13. juni 2005 brev til selskabernes ledelse på selskabernes registrerede adresser med påkrav om at modtage årsrapporterne senest den 23. juni 2005. Samtidig meddelte styrelsen, at såfremt årsrapporterne blev modtaget senere, ville hvert medlem af selskabernes øverste ledelse i medfør af årsregnskabslovens §§ 150-152 blive pålagt afgift for overskridelse af indsendelsesfristen. Den 26. juni 2005 modtog styrelsen anmodning om udsættelse af fristen for indsendelse af selskabernes årsrapporter. Anmodningen var vedlagt bilag som dokumentation for at forsinkelsen skyldtes revisor. Styrelsen meddelte ifølge det oplyste telefonisk selskaberne en udsættelse af fristen for indsendelse af årsrapporterne til den 1. september, og pointerede i den forbindelse, at den forlængede frist ikke ville påvirke beregningen af afgifterne. Den 4. august 2005 modtog Erhvervs- og Selskabsstyrelsen selskabernes årsrapporter, og ved skrivelser af 5. august, 12. august og 9. september 2005 pålagde styrelsen herefter under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, de enkelte ledelsesmedlemmer i selskaberne en afgift for ikke rettidig indsendelse af årsrapporterne.

K har i fire enslydende skrivelser af 23. august 2005 på vegne af selskabernes ledelsesmedlemmer klaget over de pålagte afgifter. Af klageskrivelserne fremgår blandt andet:

”Jeg skal hermed, på vegne af hele bestyrelse ... anmode ... om fritagelse for afgift i forbindelse med for sent indleveret årsregnskab.

Forsinkelsen skyldes ene og alene manglende færdiggørelse af regnskabet fra revisors side.

Alle bilag blev afleveret sidste halvdel af april, og man gav fra revisors side udtryk for, at der var rigelig tid til at færdiggøre regnskabet.

Da vi nåede slutningen af maj rykkede vi flere gang, og fik hver gang at vide, at man var forsinket grundet opsigelser i firmaet.

Vi er således uden nogen form for skyld blevet inddraget i denne sag, hvilket vi ikke finder rimeligt.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 26. september 2005 blandt andet udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder

Det fremgår af § 8, stk. 2, i årsregnskabsloven (ÅRL), jf. lovbekendtgørelse nr. 196 af 23. marts 2004, at:

”Hvert medlem af de pågældende ledelsesorganer har ansvar for, at årsrapporten udarbejdes i overensstemmelse med lovgivningen og eventuelle yderligere krav til regnskaber i vedtægter eller aftale. Ved udarbejdelsen skal de endvidere iagttage de for virksomheden gældende standarder, jf. § 136 og 137. Endvidere har hvert enkelt medlem ansvar for, at årsrapporten, hvis revision er krævet, kan revideres og godkendes i tide. Hvert enkelt medlem af det øverste ledelsesorgan har ansvar for, at årsrapporten indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden for de i loven fastsatte frister.”

Videre fremgår det af ÅRL § 138, stk. 1, at:

”virksomheder omfattende af regnskabsklasse B, C og D skal uden ugrundet ophold efter godkendelsen indsende den reviderede og godkendte årsrapport til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. § 3, stk. 1, og § 7. Årsrapporten skal være modtaget i styrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning, idet fristen dog er 4 måneder for virksomheder

omfattet af regnskabsklasse D. Der kan ikke dispenseres fra disse frister, jf. dog §§ 140 og 141.”

ÅRL § 150, stk. 1, 1. pkt., bestemmer, at:

”Er årsrapport eller undtagelseserklæring ikke modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, når fristen i § 138, stk. 1, 2. pkt., er udløbet, sender styrelsen et brev med påkrav til virksomhedens ledelse på virksomhedens adresse med anmodning om at indsende virksomhedens årsrapport eller undtagelseserklæring.”

Videre fremgår af ÅRL § 150, stk. 2, at:

”I påkravsbrevet gives en frist på 8 hverdage fra brevets datering til indsendelse af årsrapport. Modtages årsrapporten eller undtagelseserklæringen i styrelsen inden udløbet af denne frist, foretager styrelsen ikke yderligere som følge af forsinkelsen.”

Af stk. 3 fremgår, at:

”I påkravsbrevet anføres endvidere en frist på 4 uger fra brevets datering. Herefter kan styrelsen, hvis årsrapport eller undtagelseserklæring ikke er modtaget inden udløbet af denne frist, beslutte at anmode skifteretten om at opløse virksomheden i overensstemmelse med den for virksomheden gældende lovgivning herom.”

Såfremt årsrapporten modtages i styrelsen senere end den frist, der gives i påkravsbrevet, fremgår det af ÅRL § 151, stk. 1-3, at:

”Modtages årsrapporten eller undtagelseserklæringen efter udløbet af fristen på 8 hverdage fra påkravsbrevets datering, jf. § 150, stk. 2, pålægger Erhvervs- og Selskabsstyrelsen hvert medlem af virksomhedens øverste ansvarlige ledelse henholdsvis hver filialbestyrer en afgift.

Stk. 2. Afgiften beregnes fra udløbet af fristen i § 138, stk. 1, 2. pkt.

Stk. 3. Afgiften udgør 500 kr. pr. ledelsesmedlem henholdsvis filialbestyrer for 1. påbegyndte måned, i alt 2.000 kr. for 2. påbegyndte måned og i alt 3.000 kr. for 3. påbegyndte måned. Afgiften kan højst udgøre 3.000 kr. pr. ledelsesmedlem henholdsvis filialbestyrer.”

Endelig fremgår det af ÅRL § 152, at:

”Under ganske særlige omstændigheder kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen helt eller delvis fritage et ledelsesmedlem eller en filialbestyrer for betaling af afgift efter § 151, hvis den pågældende kan godtgøre over for styrelsen, at han eller hun har søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges ham eller hende til last.

Stk. 2. Det fritager ikke i sig selv det enkelte ledelsesmedlem for ansvar, at det ansvarspådragende forhold er begået af virksomhedens ansatte, rådgivere eller lignende.

Af bemærkningerne til ÅRL § 152, fremgår, jf. L 138 FT 2000/01, at undtagelsesadgangen skal anvendes på ”upåregnelige forhold”. Af selv samme bemærkninger fremgår, at det er en betingelse, at det enkelte ledelsesmedlem kan dokumentere, at han eller hun har forsøgt at fremme indsendelsen af årsrapporten.

Klagers oplysninger

Styrelsen antager, at K, direktør og betyrelsesmedlem i samtlige fire selskaber, herefter benævnt ”klager”, agerer på vegne af samtlige klageberettigede, jf. forvaltningslovens regler om repræsentation.

...

Styrelsens bemærkninger

Indledningsvis bemærker styrelsen, at klager, forud for klagen til Erhvervsankenævnet, ikke har anmodet styrelsen om at tage stilling til, hvorvidt ÅRL § 152 finder anvendelse på det konkrete forhold.

Styrelsen har først registreret de fire selskabers årsrapporter for 2004 som værende modtaget den 4. august 2005. Dette var imidlertid efter udløbet af den frist, der fremgår af ÅRL § 138, stk. 1, og efter udløbet af den frist, der fremgik af styrelsens påkravsbrev af den 13. juni 2005. Som følge af overskridelsen skal styrelsen, jf. ÅRL § 151, pålægge hvert enkelt ledelsesmedlem en afgift, hvilket skete med styrelsens skrivelser, jf. ovenstående redegørelse for sagens faktiske omstændigheder.

Såfremt der foreligger ganske særlige omstændigheder kan styrelsen, jf. ÅRL § 152, stk. 1, helt eller delvis fritage det enkelte ledelsesmedlem for betaling af afgift. Denne bestemmelse finder imidlertid primært anvendelse på situationer, hvor forsinkelsen af årsrapporten er opstået som følge af ”ganske upåregnelige forhold”. Det følger tillige af bemærkningerne til bestemmelsen, at disse forhold skal dokumenteres overfor styrelsen.

Af lovbemærkningerne til ÅRL § 152 fremgår endvidere at det forhold, *at* revisor ikke har kunnet nå at revidere regnskabet *ikke* i sig selv fritager et ledelsesmedlem for afgift. Videre fremgår det, *at* hvis forsinkelsen skyldes fejl begået af virksomhedens rådgivere som f.eks. virksomhedens revisor, så fritager det *ikke* i sig selv et ledelsesmedlem for afgift, idet sidstnævnte forhold er et anliggende imellem ledelsesmedlemmerne og de pågældende ansatte eller rådgivere.

...”

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Af de specielle bemærkninger til årsregnskabslovens § 152 (lovforslag L 138/2000-01) fremgår blandt andet:

”Det foreslås, at retstilstanden efter den gældende årsregnskabslovs § 62, stk. 7, 2. pkt., videreføres således, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvor der foreligger særlige omstændigheder, kan fritage det enkelte ledelsesmedlem eller filialbestyrer helt eller delvist for betaling af afgift efter § 151. Det er dog en forudsætning, at den pågældende konkret kan dokumentere over for styrelsen, at han eller hun har søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges den pågældende til last.

...

Som eksempler på forhold , som *ikke* i sig selv fritager et ledelsesmedlem for afgift, kan nævnes følgende: ..., *at* revisor ikke har kunnet nå at revidere regnskabet, eller *at* forsinkelsen skyldes fejl begået af virksomhedens ansatte eller rådgivere som f.eks. virksomhedens revisor eller advokat, idet sidstnævnte forhold er et anliggende imellem ledelsesmedlemmerne og de pågældende ansatte eller rådgivere ...”

Efter ankenævnets opfattelse foreligger der med revisors manglende rettidige færdiggørelse af årsrapporterne således ikke sådan særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152 kan danne grundlag for hel eller delvis eftergivelse af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af årsrapporter, og ankenævnet tiltræder derfor de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 5. august, 12. august og 9. september 2005 pålagte afgifter.

21) Kendelse af 11. maj 2006 (J.nr. 2005-0003554).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Lars Holtug, Poul Østergaard Mortensen og Ulla Staal)

Ved skrivelse modtaget den 19. september 2005 har K ApS klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 18. august 2005 har afslået at fritage de enkelte bestyrelsesmedlemmer i selskabet for betaling af pålagt afgift for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport for 2004.

Sagens omstændigheder:

K ApS har kalenderåret som regnskabsperiode. Da selskabets årsrapport for 2004 ikke var modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden den i årsregnskabslovens § 138, stk. 1, 2. pkt., fastsatte frist på 5 måneder efter regnskabsårets udløb, sendte styrelsen i henhold til lovens § 150 den 15. juni 2005 brev til selskabets ledelse på selskabets registrerede adresse med påkrav om at modtage årsrapporten senest den 27. juni 2005. I brevet meddelte styrelsen samtidig, at såfremt årsrapporten blev modtaget senere, ville hvert medlem af selskabets øverste ledelse blive pålagt afgift for overskridelse af indsendelsesfristen, jf. årsregnskabslovens §§ 150-152. Årsrapporten blev først modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 1. juli 2005, og ved skrivelser af 8. juli 2005 pålagde styrelsen herefter under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, de enkelte bestyrelsesmedlemmer en afgift på 2.000 kr. for ikke rettidig indsendelse af årsrapporten. Ved e-mail af 22. juli 2005 afslog Erhvervs- og Selskabsstyrelsen K ApS' anmodning af 11. juli 2005 om afgiftsfritagelse. Ved skrivelse af 4. august 2005 anmodede K ApS på ny Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om afgiftsfritagelse, hvilket styrelsen afslog ved skrivelse af 18. august 2005, hvori det hedder:

”...

Udover at De – som i Deres brev af 11. juli 2005 - gentager, at selskabet formodentlig på grund af adresseændring ikke har modtaget styrelsens påkravsbrev af 15. juni 2005, anfører De, at revisor var syg i ugerne forinden generalforsamlingen den 22. juni 2005. Endvidere oplyser De, at selskabet ej heller har modtaget styrelsens e-mail af 22. juli 2005.

Vedrørende adresseændringen henviser styrelsen til sin e-mail af 22. juli 2005, der blev sendt til selskabets e-mail adresse. Kopi af e-mailen vedlægges. Da styrelsen ikke har modtaget meddelelse om, at mailen ikke skulle være blevet afleveret, må styrelsen i mangel af bevis på det modsatte have en berettiget formodning om, at den er modtaget.

Til oplysningen om manglende modtagelse af styrelsens påkravsbrev af 15. juni 2005 kan det, som også oplyst i styrelsens e-mail, bemærkes, at brevet er sendt til selskabets korrekte adresse, jf. vedlagte kopi af brevet. Dette påkravsbrev er ikke returneret til styrelsen af postvæsenet, hvorfor styrelsen også her er berettiget til at gå ud fra, at brevet er blevet afleveret på selskabets adresse.

Deres begrundelse med revisors sygdom, som efter det oplyste er indtruffet på et tidspunkt efter seneste rettidige modtagelsesfrist for årsrapporten (31. maj 2005), må styrelsen anføre, at dette ikke kan begrunde fritagelse for de pålagte afgifter.

Styrelsen skal til Deres oplysning om, at årsrapporten blev indsendt til styrelsen ugen efter dennes godkendelse, bemærke, at dette ej heller er i overensstemmelse med årsregnskabsloven. Loven kræver indsendelse af årsrapporten uden ugrundet ophold efter godkendelsen. Heri ligger, at indsendelsen skal ske umiddelbart efter godkendelse, medmindre dette ikke er muligt på grund af indtrufne forhold. Denne forhaling af indsendelsen, så modtagelsen skete i juli, er i øvrigt skyld i, at afgiftsbeløbene blev større, end hvis årsrapporten var blevet modtaget i juni.

Da der ikke er oplyst om sådanne særlige omstændigheder, som efter loven kan begrunde afgiftsfritagelse, skal styrelsen meddele, at man **ikke** kan fritage for de pålagte afgifter, som derfor fastholdes.

...”

I klageskrivelsen modtaget i Erhvervsankenævnet den 19. september 2005 har K ApS anført:

”...

K ApS overdrog sit regnskabsmateriale til revisor i maj 2005. K ApS' revisor er A.

På grund af sygdom hos revisor kunne årsrapporten ikke udarbejdes i tide. Årsrapporten blev på den baggrund først færdiggjort den 22. juni 2005. Årsrapporten blev herefter godkendt, og den 26. juni 2005 blev årsrapporten indsendt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Jeg vedlægger ... kopi af revisorerklæring i forbindelse med ovenstående.

Primo juli 2005 modtager medlemmerne af bestyrelsen af K ApS hver et girokort på kr. 2.000. Endvidere omtales et påkravsbrev af 15. juni 2005. K ApS **bestrid** at have modtaget dette påkravsbrev. I den forbindelse kan henvises til ..., hvoraf det fremgår, at revisor bekræfter, at K ApS ikke har modtaget noget påkravsbrev. K ApS modtog efter anmodning kopi af brevet den 19. august 2005. Det materielle indhold af brevet anerkendes naturligvis, men det fastholdes, at originalen aldrig er modtaget hos K ApS. ...

Den 11. juli 2005 sendes brev til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen med anmodning om at tilbagekalde de modtagne girokort. ...

K ApS hører herefter intet fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Den 26. juli 2005 returnerer K ApS de modtagne girokort ... Ved telefonisk

henvendelse den 28. juli 2005 meddeles K ApS, at der skulle være sendt en e-mail til K ApS den 22. juli 2005. K bestrider ligeledes at have modtaget denne e-mail, selvom det dog ikke har relevans for sagen. E-mailen blev senere modtaget i kopi den 19. august. ...

Den 4. august 2005 påklagede K ApS sagen til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. ... Den 18. august traf Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den påklagede afgørelse.

Til Ankenævnets information bemærkes yderligere, at K ApS anerkender naturligvis, at årsrapporten er for sent indsendt, og K ApS tager naturligvis det fulde ansvar for den sene indsendelse. Den sene indsendelse skyldes dog udelukkende en udefrakommende påført situation (revisors sygdom), hvoraf K ApS ikke har haft indflydelse.

Det skal yderligere bemærkes, at K ApS har eksisteret i 14 år, og altid har indsendt selskabsretlige papirer til tiden. K ApS er imidlertid kun en mellemstor virksomhed, der med begrænsede økonomiske midler ikke har mulighed for at benytte sig af de store revisionsfirmaer, hvor en enkelt mands sygdom kan klares med en kollegas indtræden. K ApS og virksomheder i samme størrelse er derimod nødsaget til at benytte mindre, lokale revisorer, hvor en enkelt mands sygdom i tilfælde som det konkrete vil medføre, at en årsrapport ikke kan udarbejdes til tiden.

...”

Klageskrivelsen var vedlagt skrivelse af 5. september 2005 fra registreret revisor A, hvori det hedder:

”Til brug for Deres klage til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen vedrørende sen indsendelse af årsrapport for året 2004 kan det hermed bekræftes at denne på grund af min sygdom blev en del forsinket.

Regnskabsmaterialet blev modtaget ultimo maj og ud fra min planlægning og kendskab til hvor lang tid der skulle bruges til revision og udarbejdelse af regnskab var det meddelt selskabet at der var tid nok til at færdiggøre årsrapporten inden udgangen af maj måned. En sygdomsperiode på 14 dage, medførte imidlertid at færdiggørelsen blev skubbet. Jeg kontaktede selskabet og forespurgte om man havde fået et påkravs-brev fra styrelsen, idet dette er normalt. Selskabet har flere gange over for mig oplyst at dette ikke var tilfældet.

Straks efter min sygdomsperiode blev revisionen og årsrapporten færdiggjort.

På grund af nogle uheldige omstændigheder blev årsrapporten forsinket men færdiggjort hurtigst muligt.”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 19. oktober 2005 udtalt følgende:

...”

3. Sagens retlige omstændigheder

3.1 I henhold til årsregnskabslovens § 138, stk. 1, skal et selskabs årsrapport være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning.

Modtages et regnskab for sent, finder reglerne i årsregnskabslovens §§ 150-152 anvendelse.

Årsregnskabslovens § 151 omhandler den afgift, som bliver pålagt hvert medlem af virksomhedens øverste ansvarlige ledelse ved for sen modtagelse af årsregnskabet. Bestemmelsen er udtryk for, at det er af stor betydning, at årsrapporterne modtages rettidigt i styrelsen, og ikke mindst af hensyn til regnskabsbrugerne er det vigtigt, at oplysningerne i de offentliggjorte årsrapporter er aktuelle. Pålæggelse af afgift til den øverste ansvarlige ledelse på grund af for sen indsendelse af årsrapport skal tilskynde virksomhedsledelserne til at prioritere regnskabsaflæggelsen højt. Der påhviler derfor selskabets bestyrelsesmedlemmer et selvstændigt ansvar for, at indsendelsesfristerne overholdes.

I henhold til § 152, stk. 1, kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen under ganske særlige omstændigheder helt eller delvis fritage et ledelsesmedlem for betaling af afgift efter § 151, hvis den pågældende kan godtgøre over for styrelsen, at han eller hun har søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges ham eller hende til last.

3.2 I sin klage til Erhvervsankenævnet har selskabet som noget nyt anført, at den sene indsendelse udelukkende skyldes en udefrakommende påført situation (revisors sygdom), som selskabet ikke har haft indflydelse på. Selskabet har medsendt en erklæring af 5. september 2005 fra revisor ...

I forarbejderne til årsregnskabsloven er der om sygdom som begrundelse for afgiftsfritagelse anført: *“Fra administrativ praksis vedrørende afgiftsfritagelse kan endvidere nævnes, at hvor forsinkelsen skyldes visse ganske upåregnelige forhold, kan dette efter en konkret vurdering give hel eller delvis afgiftsfritagelse. Dette gælder navnlig alvorlig sygdom, som medfører dokumenteret længerevarende uarbejdsdygtighed i perioden op til indsendelsesfristens udløb hos en person, som er af afgørende betydning for regnskabsaflæggelsen. Det er dog en forudsætning, at den pågældende har gjort alt, hvad der var muligt for at sikre, at årsrapporten trods hindringen blev aflagt og indsendt så hurtigt som muligt til styrelsen, således at forsinkelsen ikke kan lægges den pågældende til last.”*

Det er således forudsat, at fritagelsesbestemmelsen også ved sygdom skal have et meget snævert anvendelsesområde. Styrelsen skal i den forbindelse understrege, at det er selskabets ledelse, der har ansvaret for, at regnskabsudarbejdelsen sker så betids, at den reviderede og godkendte årsrapport kan indsendes rettidigt. Styrelsen har noteret sig, at det af

revisors udtalelse af 5. september 2005 fremgår, at revisor har modtaget regnskabsmaterialet fra selskabet ultimo maj måned - altså ganske kort tid før årsrapporten skulle indsendes. Selskabets ledelse har således ikke afset den fornødne tid til påregnelige hændelser som f.eks. tekniske problemer, forsinkelse i posten eller sygdom.

3.3 Hvis oplysningerne om revisors sygdom og dokumentation herfor havde foreligget, inden styrelsen traf sin afgørelse af 18. august 2005, havde styrelsen under alle omstændigheder ikke meddelt afgiftsfritagelse.

I påkravsbrev af 15. juni 2005 var seneste modtagelsesdag for årsrapporten for 2004 angivet til den 27. juni 2005, og da selskabet godkendte årsrapporten på sin generalforsamling den 22. juni 2005, kunne årsrapporten være indsendt, så den var modtaget senest den 27. juni 2005.

3.4 Den omstændighed, at selskabet hævder ikke at have modtaget påkravsbrevet af 15. juni 2005 kan i den forbindelse ikke tillægges betydning. Et påkravsbrev sendes som almindelig post til virksomhedens ledelse på den adresse, som virksomheden har registreret i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Hovedformålet med påkravsbrevet er at give virksomhedens ledelse en kort frist til at rette op på en eventuel forglemmelse eller misforståelse i forbindelse med indsendelsen. Påkravsbrevet er sendt til den adresse som er registreret i styrelsen, og det er ikke fra selskabets side sandsynlig at påkravsbrevet ikke er kommet frem til selskabets adresse.

3.5 Herefter finder styrelsen ikke, at der foreligger de ganske særlige omstændigheder, som kan begrunde afgiftsfritagelse.

...”

I skrivelse af 15. november 2005 har K ApS yderligere anført:

”...

Vi har modtaget Erhvervs- og Selskabsstyrelsens (**Styrelsen**) sagsfremstilling af 19. oktober 2005 og har følgende kommentarer hertil:

Under punkt 3.2 og 3.3 omtaler Styrelsen klagens indhold vedrørende vores revisors sygdom, som om der er tale om nye informationer. Styrelsen skriver bl.a. at:

“hvis oplysningerne om revisors sygdom og dokumentation herfor havde foreligget, ...”.

K ApS må på det kraftigste afvise, at der er tale om nye informationer. I den forbindelse henvises til vores klage til Styrelsen af 4. august 2005,

hvor det på første side i andet afsnit fremgår, at baggrunden for den sene indsendelse var revisors sygdom ...

“Baggrunden for den forholdsvis sene afholdelse af generalforsamlingen var, at K ApS revisor var syg i ugerne forinden og derfor ikke kunne færdiggøre årsrapporten. Styrelsen er velkommen til at kontakte revisor, reg. Revisor A, skulle Styrelsen betvivle dette faktum “.

Det må på denne baggrund anses som højst mærkværdigt, at det nu er Styrelsens opfattelse, at der er tale om nye informationer, der ikke var oplyst om tidligere i sagen.

Herudover må det pointeres, at det fortsat bestrides, at K ApS skulle have modtaget påkravsbrevet af 15. juni 2005. Under punkt 3.4 omtaler Styrelsen, at K ApS ikke har sandsynliggjort, at brevet ikke er modtaget hos K ApS. Dette er helt korrekt. K ApS har ikke sandsynliggjort, at brevet ikke er modtaget. Det må dog også anses for et helt urimeligt krav at skulle sandsynliggøre ting, der ikke findes eller ikke sker.

Heller ikke mailen den 21.7.05 har vi modtaget. Der vedlægges aktivitetsrapport fra vor mail den 21.7.2005. Vi har i foråret meddelt adresseændring til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, idet vi flyttede den 2.5. d.å. Vi kan ikke bebrejdes, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen først ændrer i august. K har i firmaets første 13 år altid indsendt til tiden.

Vi må på denne baggrund opfordre Styrelsen til at fremkomme med et forslag om, hvordan K ApS i fremtiden skal sikre sig bevis for det materielle indhold af de breve, der bliver væk i posten, og som K ApS derfor ikke modtager.

...”

I skrivelse af 22. november 2005 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen hertil bemærket:

”...

K ApS har bl.a. udtalt, at det må anses som højst mærkværdigt, at det nu er Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, at der fsv angår revisors sygdom er tale om nye informationer, der ikke var oplyst om tidligere i sagen.

I styrelsens indlæg af 19. oktober 2005 til ankenævnet blev det anført, at hvis oplysningerne om revisors sygdom og dokumentation herfor havde foreligget, inden styrelsen traf sin afgørelse af 18. august 2005, havde styrelsen under alle omstændigheder ikke meddelt afgiftsfritagelse.

Revisors erklæring af 5. september 2005 forelå først under ankesagen, og med udtalelsen ønskede styrelsen blot at gøre det klart, at manglende dokumentation fra revisor ikke var årsag til afslag på afgiftsfritagelse.

Det kan tilføjes, at revisors sygdom ikke var omtalt i selskabets anmodning af 11. juli 2005 om afgiftsfritagelse. I anmodningen af 4. august 2005 var revisors sygdom nævnt, og i styrelsens svar af 18. august 2005 blev det afvist, at sygdommen kunne begrunde afgiftsfritagelse. I begge anmodninger anførte selskabet som årsag til forsinkelsen, at påkravsbrev ikke var modtaget.”

Ankenævnet udtaler:

Ved skrivelse af 15. juni 2005 fremsendte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen til bestyrelsen for K ApS på selskabets adresse i overensstemmelse med årsregnskabslovens § 150 påkrav om indsendelse af selskabets årsrapport for 2004, som skulle have været modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 31. maj 2005.

Efter det oplyste modtog selskabets revisor først ultimo maj 2005 regnskabsmaterialet til brug for udarbejdelsen af selskabets årsrapport for 2004, der siden blev godkendt på selskabets generalforsamling den 22. juni 2005 og modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 1. juli 2005. På denne baggrund finder ankenævnet det ikke er godtgjort, at de enkelte ledelsesmedlemmer uanset revisors sygdom har søgt at fremme indsendelsen af årsrapporten, således at forsinkelsen ikke kan lægges dem til last, og der foreligger derfor ikke sådanne ganske særlige omstændigheder, som kan begrunde hel eller delvis fritagelse for betaling af afgift, jf. årsregnskabslovens § 152.

Ankenævnet tiltræder derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 18. august 2005.

22) Kendelse af 30. maj 2006 (J.nr. 2005-0004301).

Omlægning af selskabs regnskabsår registreringsnægtet.

Årsregnskabslovens § 15.

(Poul Østergaard Mortensen, Anders Hjulmand og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 16. november 2005 har revisor A på vegne af K ApS klaget over Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 7. november 2005 om nægtelse af at registrere en anmeldt omlægning af selskabets regnskabsår.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 7. november 2005 hedder det:

”Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har den 2. november 2005 modtaget anmeldelse om omlægning af ovennævnte selskabs regnskabsår.

Af anmeldelsen samt de modtagne bilag fremgår, at regnskabet er ændret fra 150104-300605 til afslutning 31/12 04 samt at omlægningsperioden løber i tidsrummet 150104 til 311204.

Da anmeldelsen er modtaget den 2. november 2005, kan anmeldelsen ikke registreres, jf. § 15, stk. 4 i årsrapportloven samt § 9 stk. 1 i anmeldelsesbekendtgørelsen, hvoraf fremgår, at anmeldelse om regnskabsår skal være modtaget i styrelsen senest 5 måneder efter omlægningsperiodens udløb, hvilket i dette tilfælde vil betyde at styrelsen skulle have haft anmeldelse senest d. 31. maj 2005.

...”

I klageskrivelsen af 16. november 2005 har revisor A anført:

”...

Vi har ansøgt om omlægning af selskabets regnskabsår, ændringen er vedtaget på ekstraordinær generalforsamling d. 28. Oktober 2005, regnskabsåret skulle omlægges fra 15.01.04 – 30.06.05 til i stedet 15.01.04 – 31.12.04. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har afgjort at vores anmeldelse ikke kan registreres idet omlægningen skal være styrelsen i hænde senest 5 måneder efter omlægningsårets afslutning. Omlægning af regnskabsåret er besluttet på grund af ikke uvæsentlige grunde og vi beder Dem derfor om på baggrund af nedenstående at dispensere for § 15, stk. 4 i årsrapportloven, samt § 9 stk. 1 i anmeldelsesbekendtgørelsen.

Virksomheden har først aktiviteter i selskabet i august måned 2004, og Direktøren har ved en misforståelse troet at regnskabsåret først løb derfra og 18 måneder frem. På grund af denne misforståelse er virksomhedens regnskabssystem sat til at følge kalender året, og ifølge system administratoren står dette ikke til at ændre. Endvidere er der ikke foretaget de rette periodiseringer 30. Juni, samt de rette afstemninger.

For at få foretaget den rette periodisering pr. 30. Juni 2005, vil omkostningen for virksomheden blive betragtelig, idet virksomheden vil være nødsaget til at bruge ekstern assistance, da virksomhedens direktør ikke er til stede i virksomheden, han afsoner p.t. en dom i Horserød Fængsel. Han har afsonet sin dom medio Januar 2006. Det er derfor ikke muligt for ledelsen at udarbejde og aflevere regnskabet til os, og endelig er det et krav fra vor side at direktøren er til stede ved en gennemgang af regnskabet. Vi har vurderet at der skal bruges assistance i ca. 3 uger, hvilket bliver for bekosteligt for virksomheden.

Vi havde som revisor for selskabet foretaget et beholdningseftersyn, samt gennemgang af virksomhedens bogholderi pr. 31.12.2004. Det var derfor muligt at gennemgå regnskabet for perioden 15.01.04 til 31.12.04.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 21. december 2005 udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder

Det fremgår af årsregnskabslovens § 15, stk. 4, at:

“Beslutning om omlægning af regnskabsår skal være truffet i så god tid, at anmeldelse herom kan indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, så den er modtaget i styrelsen senest 5 måneder efter udløbet af det regnskabsår, som ønskes ændret, dog senest 5 måneder efter omlægningsperiodens udløb. For statslige aktieselskaber og børsnoterede virksomheder er fristen dog 4 måneder. Modtages anmeldelsen efter udløbet af fristen i 1. eller 2. pkt., nægtes registrering.”

Dette fremgår tillige af anmeldelsesbekendtgørelsens § 9, stk. 1, hvoraf det fremgår, at

“Ændres vedtægter eller ændres anmeldte forhold, skal anmeldelse om ændringerne være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest 4 uger efter, at de er vedtaget, medmindre andet er bestemt i lovgivningen. Anmeldelse om ændring af regnskabsår skal være modtaget i styrelsen senest 5 måneder efter udløbet af det regnskabsår, som ønskes ændret, dog senest 5 måneder efter omlægningsperiodens udløb. Fristen for statslige og børsnoterede aktieselskaber er dog 4 måneder. Modtages anmeldelsen efter udløbet af fristen i 2. og 3. pkt., nægtes registrering, jf årsregnskabslovens § 15, stk 4.”

Bestemmelsen i årsregnskabslovens § 15, stk. 4 blev indsat ved lov nr. 99 af 18. februar 2004. Af bemærkningerne til bestemmelsen (Lovforslag nr. L 71, Folketinget 2003-04) fremgår, at

“Bestemmelser om fristen for at beslutte samt anmelden omlægning af regnskabsår til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen findes i dag i § 9, stk. 1, § 13, stk. 1, og § 15, stk. 1, i anmeldelsesbekendtgørelsen (nr. 72 af 11. februar 2002). Det følger af de nævnte bestemmelser, at anmeldelse om omlægning af regnskabsår skal være modtaget i styrelsen senest samtidig med, at virksomhedens årsrapport skulle have været modtaget i styrelsen efter årsregnskabslovens § 138, stk. 1. Disse bestemmelser i anmeldelsesbekendtgørelsen er i overensstemmelse med Erhvervs- og Selskabsstyrelsens mangeårige praksis på området, og manglende heraf overholdelse medfører registreringsnægtelse.

Det har imidlertid vist sig, at nogle virksomheder ikke har været opmærksom på denne praksis og bestemmelserne i anmeldelsesbekendtgørelsen. Det foreslås derfor, at der også i årsregnskabslovens § 15, stk. 4, indsættes en bestemmelse om fristen for at beslutte samt anmelden omlægning af regnskabsår til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Overskrides fristen, nægtes registrering, således som det allerede sker efter gældende bestemmelser og praksis.”

Årsregnskabsloven giver ikke mulighed for at dispensere fra denne bestemmelse.

Ændring af selskabets regnskabsår til kalenderåret og med et 1. regnskabsår, der skal løbe fra 15. januar 2004 til 31. december 2004, skal således ifølge loven været modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 31. maj 2005.

Da anmeldelsen først er modtaget den 2. november 2005, kan den i henhold til loven ikke registreres.

...

Styrelsens bemærkninger

Efter årsregnskabsloven skulle anmeldelsen være modtaget i styrelsen senest den 31. maj 2005, men blev først modtaget den 2. november 2005. Det fremgår direkte af lovbestemmelsen, at er anmeldelsen modtaget efter fristerne i bestemmelsen, så nægtes registrering.

Loven indeholder ikke mulighed for at dispensere fra bestemmelsen, hvorfor alene bestemmelsen i årsregnskabslovens § 15, stk. 4, må lægges til grund. Det er derfor ikke muligt efter årsregnskabsloven at imødekomme klagers ønske om en dispensation fra bestemmelsen.

Styrelsen har endvidere noteret sig, at klager er selskabets revisor, som burde kende årsregnskabslovens bestemmelser. Revisor, der var dirigent på selskabets ekstraordinære generalforsamling den 28. oktober 2005, burde således allerede på generalforsamlingen have advaret mod den fejlagtige beslutning.

...”

Ankenævnet udtaler:

Anmeldelse om omlægning af selskabets regnskabsår til kalenderåret med omlægningsperiode 15. januar 2004 til 31. december 2004 skulle have været modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest 5 måneder efter omlægningsperiodens udløb og således senest den 31. maj 2005, jf. årsregnskabslovens § 15, stk. 4, 1. pkt. Da anmeldelsen først blev modtaget i styrelsen den 2. november 2005, og da der ikke er mulighed for at dispensere fra den nævnte frist, tiltrædes det, at styrelsen har nægtet at registrere anmeldelsen, jf. årsregnskabslovens § 15, stk. 4, 3. pkt.

Ankenævnet stadfæster derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 7. november 2005.

23) Kendelse af 31. maj 2006 (J.nr. 2005-0002472).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Poul Østergaard Mortensen, Lise Høgh og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 16. marts 2005 har advokat A på vegne af K1 A/S klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 25. februar 2005 (ved en fejl dateret 25. januar 2005) har meddelt K1 A/S, K2 ApS og K3 ApS en frist til udarbejdelse og indsendelse af nye årsrapporter samt afslået at fritage ledelsesmedlemmerne i K1 A/S for betaling af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport for 2003.

Sagens omstændigheder:

I en over sagen af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse af 10. maj 2005 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om sagens faktiske omstændigheder oplyst, at der i det hele henvises til styrelsens skrivelse af 25. februar 2005 (ved en fejl dateret 25. januar 2005) til advokat A.

I skrivelsen dateret den 25. januar 2005 fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen hedder det:

”...

De har ved skrivelse af 15. november 2004 klaget over afgifter pålagt ledelsen i K1 A/S i henhold til årsregnskabslovens § 151.

De anmoder om, at afgiften bortfalder, idet De flere gange har talt med styrelsen om, at der på grund af spaltning af selskabet ikke skulle indsendes regnskab. De nævner videre, at der herunder blev lovet, at der ikke vil blive pålagt afgifter.

Sagens omstændigheder:

Styrelsen ønsker først at redegøre for sagens forløb.

Den 8. september 2003 modtog styrelsen i anledning af påtænkt spaltning af K1 A/S: spaltningsplan, spaltningsredegørelse, fælles regnskabsopstilling med åbningsbalance pr. 1. januar 2003, tilladelse fra Told og Skat til skattefri ophørsspaltning, kreditorerklæring efter 134 c, stk. 4. Endelig var selskabets årsrapport fra 2002 vedlagt.

Af spaltningsplanen fremgår, at selskabets aktiver og passiver fordeles i 2 nystiftede selskaber – K2 ApS og K3 ApS. Hver med en anpartskapital på kr. 125.000. Tidspunktet, fra hvilket de regnskabsmæssige rettigheder og forpligtelser overgår, er angivet som 23. juni 2003.

Ved læsning af spaltningsplanen og spaltningsredegørelsen forekommer det uklart, hvorvidt hensigten er, at spaltes ud i eksisterende selskaber, eller om der stiftes nye selskaber som led i spaltningen. Således er det bl.a. angivet i spaltningsplanen, at ”Disse aktiver overdrages ligeledes pr. 23. juni 2003 til et andet *nystiftet selskab* (fremhævning foretaget her) under navnet K3 ApS. I næste linie er det angivet, at ”I overdragelsen medfølger samtlige de aktiver og passiver, der fremgår af åbningsbalance og vurderingsberetning for K3 ApS *under stiftelse* (fremhævelse foretaget her).

Af spaltningsredegørelsen fremgår, at aktionæren ikke modtager vederlag for spaltningen, men alene anparterne i de 2 nye selskaber. Efter gennemførelsen af spaltningen vil begge selskaber have en anpartskapital på kr. 125.000.

Af Told og Skats afgørelse af 30. juni 2003, som var vedlagt spaltningsplanen m.v., fremgår det, at spaltningen ønskes gennemført pr. 1. januar 2003 efter omdannelse af selskabet til et aktieselskab. Med ansøgningen til Told og Skat var der fremlagt udkast til fælles regnskabsopstilling pr. 1. januar 2003 for det indskydende selskab.

Told og Skats afgørelse lægger vægt på en række forhold, herunder skal særligt fremhæves:

”Ved spaltningen opløses det indskydende selskab K4 A/S. Samtidig stiftes to nye anpartsselskaber, der hver vil blive ejet 100 pct. af hhv. K5 og K6. De to nye anpartsselskaber vil blive stiftet ved apportindskud af aktiverne og passiverne fra selskabet K1 A/S.” Videre følger det at, ”regnskabsåret for de modtagende anpartsselskaber er kalenderåret.”

Den til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen medsendte fælles regnskabsopstilling har også åbningsbalance pr. 1. januar 2003.

På den baggrund antog styrelsen, at spaltningen ønskedes gennemført ved at spalte ud i to nye selskaber stiftet som led i spaltningen, og med en spaltningsdato pr. 1. januar 2003 – i overensstemmelse med Told og Skats tilladelse.

Da spaltningsplanen var underskrevet den 15. august 2003, kunne planen ikke offentliggøres, jf. de spaltningsregler, som var gældende på dette tidspunkt. I henhold til den dengang gældende § 134 b, stk. 2, i aktieselskabsloven, skulle den fælles regnskabsopstilling have en opgørelsesdag, der lå inden for 6 måneder forud for spaltningsplanens underskrivelse. På den baggrund kunne styrelsen ikke offentliggøre spaltningsplanen.

Derfor kontaktede jeg Dem telefonisk den 9. september 2003 for at meddele, at spaltningsplanen ikke kunne offentliggøres med en spaltningsdato den 1. januar 2003. Det blev herefter aftalt, at De ville få lavet en ny fælles regnskabsopstilling med åbningsbalance den 23. juli 2003 - hvilket også ville være i overensstemmelse med den i planen angivne spaltningsdato. Endelig gjorde jeg opmærksom på, at regnskabsopstillingen skulle være aflagt i overensstemmelse med reglerne i årsregnskabsloven. Dette følger af aktieselskabslovens § 134 b, stk. 2.

Det fremgik af styrelsens register, at der den 8. august 2003 var registreret 2 nye selskaber lydende på de navne, som var angivet i planen som værende de nystiftede selskaber, hvortil spaltningen skulle ske. Selskaberne var stiftet den 23. juni 2003. Samme dato som var angivet i spaltningsplanen som spaltningsdato. De to selskaber var stiftet ved kontantindskud på kr. 125.000. Jeg havde efter vores samtale af 9. september 2003 lejlighed til at fremtage stiftelsessagerne fra arkiv.

Herefter kontaktede jeg Dem på ny. Denne gang for at oplyse Dem, at da selskaberne allerede er stiftet ved kontantindskud, vil spaltning til disse selskaber alene kunne ske som spaltning til eksisterende selskaber. Var ønsket at spalte ud i de to selskaber, som angivet i spaltningsplanen, måtte det ske ved, at selskabet blev spaltet ud i de 2 eksisterende selskaber. Dette med spaltningsdato/åbningsbalancedato den 23. juni 2003, som er stiftelsesdatoen for de nystiftede selskaber. Dette følger af, at et selskab som stiftes kontant ikke kan have et 1. regnskabsår som

begynder før stiftelsestidspunktet, jf. også Erhvervsankenævnets kendelse af 3. december 2002 (j.nr. 02-119.347).

Vi aftalte, at jeg lukkede sagen, og at De ville indsende nye dokumenter.

Herefter rykkede De ved skrivelse af henholdsvis 21. november og 16. december 2003 efter svar på deres skrivelse af 5. september 2003 (skrivelsen hvor spaltplingsplan m.v. var vedlagt). På den baggrund kontaktede jeg Dem igen den 18. december 2003. De forklarede, at De afventede at få Deres tidligere indsendte dokumenter retur. Hertil oplyste jeg, at da sagen som aftalt var lukket, er det styrelsens praksis at beholde sagens dokumenter på sagen. De oplyste, at De ville indsende materiale på ny.

Den 14. juni 2004 sendte styrelsen et påkravsbrev til bestyrelsen for K1 A/S, hvor der blev gjort opmærksom på, at selskabets årsrapport for 01.01.03-31.12.03 skulle have været indsendt, så den var modtaget i styrelsen senest den 1. juni 2004. Da årsrapporten ikke var modtaget, anmodede styrelsen om, at rapporten var styrelsen i hænde senest den 24. juni 2004. I modsat fald ville selskabets øverste ledelse blive pålagt en afgift.

Ved brev af 12. juli 2004 meddelte De, under henvisning til styrelsens påkravsbrev af 14. juni 2004, at årsrapporten ikke er indleveret for det nævnte selskab, idet der er sendt anmodning ind om spaltning og derved efterfølgende opløsning af det nævnte selskab. De henviste i øvrigt til det indsendte materiale, herunder spaltplingsplanen.

Ved brev af 26. august 2004 bragte De Deres brev af 12. juli 2004 i erindring.

Den 6. september 2004 kontaktede jeg Dem telefonisk. Under henvisning til tidligere samtaler af henholdsvis 9. september, 11. september og 18. december 2003, meddelte jeg, at selskabet ikke er spaltet, og at der derfor måtte indsendes årsrapport for selskabet. Under disse særlige omstændigheder gav jeg 1 måneds henstand med sanktionen forbundet med manglende indsendelse af årsregnskab – oversendelse af selskabet skifteretten til tvangsopløsning.

I umiddelbar forlængelse af vores samtale, ringede jeg til Deres kontor. De var desværre ikke at træffe. For at undgå eventuelle misforståelser, meddelte jeg Deres kontor, at henstanden ikke indvirker på afgiftsspørgsmålet. Hvis årsrapporten blev indsendt, ville selskabets ledelse under alle omstændigheder blive pålagt afgift grundet for sen indsendelse.

Den 25. oktober 2004 modtog styrelsen årsrapport for K1 A/S.

I forlængelse heraf blev hvert medlem af selskabets ledelse ved skrivelser af 29. oktober 2004 pålagt en afgift på kr. 3.000 i henhold til årsregnskabslovens § 151, stk. 3.

Ved brev af 15. november 2004 klager De over de pålagte afgifter, jf. ovenfor.

Endelig bemærkes, at vi henholdsvis den 1. og 3. juni 2004 har modtaget årsrapporter for de to nystiftede selskaber, K3 ApS og K2 ApS for regnskabsåret 23.06.03 -31.12.03.

Afgørelse:

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har konstateret, at de indsendte årsregnskaber er behæftet med væsentlige fejl, idet de alle bygger på en fejlagtig forudsætning om, at K1 A/S ved ophørsspaltning er spaltet ud i K3 ApS og K2 ApS. Årsrapporterne opfylder således ikke de grundlæggende krav til årsrapporter i årsregnskabslovens kapitel 3. Der er som redegjort for ovenfor ikke sket en selskabsretlig ophørsspaltning af selskabet. På den baggrund skal styrelsen give Dem en frist indtil den **29. marts 2005** til at udarbejde ny årsrapporter og indsende disse til styrelsen, jf. Erhvervs- og Selskabsstyrelsens indsendelsesbekendtgørelse § 12, stk. 2. De aktiver og passiver som er overført til K2 ApS og K3 ApS fra K1 A/S skal tilbageføres til sidstnævnte selskab. Tilbageføres må også de dispositioner som aktiverne måtte have afstedkommet i de nye selskaber.

Modtager styrelsen ikke nye årsrapporter for de 3 selskaber i overensstemmelse med det ovenfor anførte inden denne frist, vil selskaberne uden videre varsel blive sendt til tvangsopløsning i skifteretten i henhold til årsregnskabslovens § 150, stk. 3, anpartsselskabslovens § 61 og aktieselskabslovens § 118.

For så vidt angår afgifterne pålagt ledelsesmedlemmerne i K1 A/S, har styrelsen følgende bemærkninger. Efter årsregnskabsloven har selskabets ledelse ansvar for, at selskabets bogførings- og regnskabsforhold tilrettelægges således, at årsregnskabet kan udarbejdes og revideres så betids, at godkendelse og indsendelse af regnskabet til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan ske – og sker – inden for tidsfristerne i årsregnskabslovens § 138. Der påhviler således hvert enkelt medlem af selskabets direktion et selvstændigt ansvar for, at indsendelsesfristerne overholdes.

I henhold til årsregnskabslovens § 152 kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen imidlertid under særlige omstændigheder helt eller delvist fritage et ledelsesmedlem for betaling af afgift efter § 151, hvis pågældende kan godtgøre over for styrelsen, at han eller hun har søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges ham eller hende til last.

Det er flere gange meddelt Dem telefonisk, at modtagelse af spaltningssplan m.v. ikke kunne offentliggøres på det foreliggende grundlag. Dette sammenholdt med, at De ikke på noget tidspunkt har anmeldt spaltningens endelige gennemførelse indikerer, at De ikke med rimelig grund har kunnet antage, at spaltningen er gennemført. Jf. da gældende aktieselskabslovs § 136, stk. 2, jf. § 134 e, stk. 4., kan beslutning om spaltning tidligst træffes fire uger efter datoen for

spaltningsplanens offentliggørelse. Da styrelsen efter aftale med Dem ikke offentliggjorde modtagelsen af spaltningsplanen, vil gennemførelse af spaltningen alene af den grund aldrig kunne ske. Hertil kommer, at styrelsen ved påkrav af 14. juni 2004 gør ledelsen opmærksom på, at selskabets årsrapport skulle være modtaget i styrelsen senest den 1. juni 2004. Styrelsen oplyste videre, at såfremt rapporten ikke var styrelsen i hænde senest den 24. juni 2004, ville ledelsen blive pålagt afgift. Først ved brev af 12. juli 2004 reagerer De på påkravsbrevet.

På den baggrund finder styrelsen det ikke godtgjort, at selskabets ledelse har søgt at fremme indsendelsen af årsrapporten, hvorfor styrelsen ikke vil kunne give den ønskede afgiftsfritagelse.

De skriver, at De flere gange har talt med styrelsen om, at der på grund af spaltning ikke skulle indsendes årsrapport. I den forbindelse skulle De også være blevet lovet, at der ikke vil blive opkrævet afgift. Styrelsen kan ikke finde belæg for dette udsagn – således er der da også som nævnt sendt flere påkrav til selskabet om, at årsrapport skal indsendes.
...”

I klageskrivelsen af 16. marts 2005 har advokat A anført:

”...

Den ene del af afgørelsen vedrører den af ledelsen pålagte bøde i henhold til årsregnskabslovens § 151. Den er nu betalt, men anmodningen om bortfald fastholdes.

Det bemærkes, at rykkere er fremkommet til trods for, at i afgørelsen er givet en ankefrist til den 29. marts 2005. Der forbeholdes således anmodning om tilbagebetaling af det betalte beløb.

For så vidt angår afgørelsens indsendelse af årsrapporter for ovennævnte 3 selskaber, påklages denne afgørelse ligeledes, idet Erhvervs- og Selskabsstyrelsen på intet tidspunkt har truffet afgørelse om det indsendte materiale om spaltning.

Indledningsvis bemærkes det, at der forventes skriftlig behandling af en sådan sag.

Der er sendt materiale ind som anført, men det er ikke korrekt, at der er sket en afvisning af dette materiale. Dette medfører, at jeg ved skrivelse af 26. august 2004 rykker for, hvad der sker i sagen

Der bliver ringet op herefter med hensyn til min rykker fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, der meddeler, at der ses at være det problem, at de 2 selskaber var stiftet før spaltningen og ikke i forbindelse med.

Der aftales, at der fremkommer et skriftligt svar på spaltningsanmodningen, og jeg beder om at få dokumenterne retur i givet fald, at der skal ske korrektioner.

Sagen er ikke aftalt lukket.

....

I det fald at sagen blev lukket eller trukket tilbage, burde det have været sket skriftligt.

Det er således påfaldende, at der intet er sket skriftligt fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsens side.

Det har således ikke været muligt at få rettet det ansøgte til i overensstemmelse med de fejl, der evt. måtte være og de evt. manglende bilag sendt ind.

Jeg går herefter ud fra, at nærværende klage har opsættende virkning for afgørelsen, og skal anmode om, at der i stedet gives frist til færdiggørelse af det ansøgte.”

I den over sagen indhentede redegørelse af 10. maj 2005 fremgår om sagens retlige omstændigheder:

”...

Udtalelse:

Styrelsen fastholder sin afgørelse. Der er ikke efter reglerne i aktieselskabsloven sket spaltning af K1 A/S. Da årsrapporterne (2003) for henholdsvis K1 A/S, K2 ApS og K3 ApS bygger på en forudsætning, om at spaltningen er gennemført, må der af hensyn til kreditorer, aftaleerhververe og andre udarbejdes nye årsrapporter for alle 3 selskaber.

Der findes ikke at være grundlag for afgiftsfritagelse.

Sagens retlige omstændigheder:

Der henvises til [skrivelse af 25. februar 2005]

Styrelsen ønsker dog at knytte et par kommentarer til klagen.

Klager påklager afgørelsen om, at der skal udarbejdes nye årsrapporter for de 3 selskaber. Begrundelsen er, at styrelsen på intet tidspunkt har truffet afgørelse om det indsendte materiale til spaltning.

Heri er styrelsen ikke enig. Styrelsen har truffet en mundtlig afgørelse. Klager skriver, at han forventer en ”skriftlig behandling af en sådan sag”. Henset til, at det var en advokat som var anmelder (klager), vurderede styrelsen, at sagen kunne klares telefonisk. Samtidig spillede det også en rolle, at der var så mange mangler/fejl ved det indsendte, at styrelsen som en service overfor anmelder fandt det mest hensigtsmæssigt at tage en mundtlig drøftelse her af.

Klager blev den 11. september 2003 telefonisk oplyst, at sagen var lukket, og det aftaltes at anmelder ville sende nyt materiale til styrelsen. Det blev ligeledes telefonisk oplyst den 18. december 2003, at styrelsen ikke sender dokumenter retur. Dette af hensyn til forvaltningsloven og offentlighedslovens regler om aktindsigt i dokumenter, som er indgået til en offentlig myndighed som led i administrativ sagsbehandling. Også ved denne lejlighed gav anmelder udtryk for at ville sende nye dokumenter til styrelsen.

Klager skriver, at "det således ikke har været muligt at få rettet det ansøgte til i overensstemmelse med de fejl, der evt. måtte være og de evt. manglende bilag sendt ind." At styrelsen ikke har sendt dokumenterne retur bør ikke føre til, at der handles ud fra den antagelse, at selskabet er spaltet. En spaltning er alene en plan oprettet og underskrevet af bestyrelsen, som fortæller omverdenen, hvordan et selskab påtænkes spaltet. Først når generalforsamlingen har truffet beslutning om spaltning anses spaltningen for gennemført. I henhold til aktieselskabslovens § 136 e, stk. 5 (den da gældende § 136, jf. § 134 e, stk. 4) skal der gå mindst 4 uger fra styrelsens offentliggørelse af modtagelse af spaltning og vurderingsmændenes erklæring til spaltningen endelig besluttet på generalforsamling. Alene af den grund burde anmelder følge op på, om der var sket offentliggørelse i styrelsens edb-informationssystem. Hertil kommer, at den af generalforsamlingen truffede beslutning om spaltning skal anmeldes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. aktieselskabslovens § 136 i (den da gældende § 136, jf. § 134 i). Styrelsen har aldrig modtaget en sådan anmeldelse.

Klager anmoder om, at der gives frist til færdiggørelse af det ansøgte. Hertil skal styrelsen blot oplyse, at fristerne i aktieselskabsloven for længst er sprunget. En spaltning skal være underskrevet senest ved udløbet af det regnskabsår, hvori tidspunktet for spaltningens regnskabsmæssige virkning indgår, jf. aktieselskabslovens § 136, stk. 2. Overskrides fristen kan modtagelsen af spaltningens plan ikke offentliggøres.

...

Styrelsen kan oplyse, at styrelsen den 9. maj 2005 har modtaget nye årsrapporter for alle 3 selskaber. ..."

Advokat A er ikke fremkommet med bemærkninger til Erhvervs- og Selskabsstyrelsens udtalelse af 10. maj 2005.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ved skrivelse af 18. juli 2005 oplyst, at de 3 nye årsrapporter er offentliggjort, og at styrelsen ikke har foretaget en nærmere gennemgang af årsrapporterne.

Erhvervsankenævnet har afslået at tillægge klagen opsættende virkning.

Ankenævnet udtaler:

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen modtog den 8. september 2003 blandt andet spaltningsplan for K1 A/S samt fælles regnskabsopstilling med åbningsbalance pr. 1. januar 2003 for to nystiftede selskaber.

Af spaltningsplanen, der er underskrevet af bestyrelsen for K4 A/S den 15. august 2003, fremgår det, at de regnskabsmæssige rettigheder og forpligtelser pr. 23. juni 2003 for dette selskab overgår til K2 ApS og K3 ApS.

Allerede fordi datoen for åbningsbalancen efter dagældende regler skulle ligge inden for 6 måneder forud for spaltningsplanens underskrivelse, jf. dagældende § 136, stk. 2, jf. § 134 b, stk. 2, i aktieselskabsloven, tiltræder ankenævnet, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen nægtede at offentliggøre spaltningsplanen.

K1 A/S er på tidspunktet for aflæggelsen af årsrapporten for 2003 således ikke spaltet, jf. dagældende § 136, stk. 2, jf. § 134 e, stk. 4, i aktieselskabsloven.

Årsrapporten for K1 A/S for 2003 og årsrapporterne for K2 ApS og K3 ApS for perioden 23. juni 2003 - 31. december 2003 bygger på en forudsætning om, at K1 A/S er udspaltet til K2 ApS og K3 ApS.

Da årsrapporterne således ikke opfylder de grundlæggende krav til en årsrapport i årsregnskabslovens kapitel 3, tiltræder ankenævnet, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen meddelte selskaberne en frist til udarbejdelse og indsendelse af nye årsrapporter, jf. årsregnskabslovens § 161, nr. 3, og indsendelsesbekendtgørelsens § 12, stk. 2, 1. pkt., tidligere indsendelsesbekendtgørelsens § 11, stk. 2, 1. pkt.

Den meddelte frist til berigtigelse af selskabernes årsrapporter afbryder ikke indsendelsesfristerne i årsregnskabsloven, jf. indsendelsesbekendtgørelsens § 12, stk. 2, 2. pkt., tidligere indsendelsesbekendtgørelsens § 11, stk. 2, 2. pkt.

Herefter og da der i øvrigt ikke findes at foreligge sådanne særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152 kan danne grundlag for hel eller delvis afgiftsfritagelse, tiltrædes de pålagte afgifter til ledelsesmedlemmerne i K1 A/S.

Ankenævnet stadfæster derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelser af 25. februar 2005.

24) Kendelse af 27. juni 2006 (J.nr. 2005-0002442).

Fond pålagt at indsende ny revideret årsrapport da den offentliggjorte årsrapport ikke indeholdt revisionspåtegning underskrevet af en statsautoriseret eller registreret revisor.

Årsregnskabslovens §§ 3, 7 og 135 og lov om erhvervsdrivende fonde § 39.

(Anders Hjulmand, Johnny Kofoed-Jensen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 3. maj 2005 har K (erhvervsdrivende fond) klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse 11. april 2005 har trukket offentliggørelsen af fondens årsrapport for 2003 tilbage, da revisionspåtegningen ikke er underskrevet af en statsautoriseret eller registreret revisor, og samtidigt har pålagt fonden at indsende en ny revideret årsrapport.

Sagens omstændigheder:

I en af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse for sagens faktiske omstændigheder har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 22. juni 2005 udtalt:

”...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen gennemfører stikprøvevis gennemgang af årsrapporter for erhvervsdrivende fonde, jf. årsregnskabslovens § 159.

I forbindelse med en sådan gennemgang af årsrapporten for Ks årsrapport for 2003, blev styrelsen i juli 2004 opmærksom på, at to bestyrelsesmedlemmer havde taget forbehold ved underskrivelse af årsrapporten.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kontaktede de to bestyrelsesmedlemmer, der oplyste, at de ønskede at uddybe deres forbehold personligt ved et møde, der blev afholdt i styrelsen den 29. september 2004. De to bestyrelsesmedlemmer oplyste, at fonden ikke overholdt reglerne i

bogføringsloven, og at dette bl.a. skyldtes at flertallet i fondsbestyrelsen udgøres af X Kommune og at fonden revideres i henhold til en aftale mellem kommunerne og Kommunernes Revision.

Herefter skrev styrelsen den 6. oktober 2004 til X Kommune og bad om en udtalelse. X Kommune afgav den 11. november 2004 en udtalelse, som blev kommenteret af de to bestyrelsesmedlemmer den 13. december 2004.

I de første måneder af 2005 har styrelsen korresponderet med Indenrigs- og Sundhedsministeriet vedrørende spørgsmålet om det kommunalt udpegede flertal i fonden. Denne del af sagen afventer nu en afgørelse fra Statsamtmanden i København, som er tilsynsmyndighed for X kommune. ...

I marts 2005 gik Erhvervs- og Selskabsstyrelsen herefter videre med kontrollen af fondens årsrapport for 2003. I den forbindelse blev vi opmærksomme på, at årsrapporten ikke var forsynet med en revisionspåtegning fra en statsautoriseret eller registreret revisor. Styrelsen fandt på denne baggrund ikke, at årsrapporten kunne anses for at være revideret, og at den derfor ikke var aflagt i overensstemmelse med årsregnskabslovens regler, ... Erhvervs- og Selskabsstyrelsen traf derfor den 11. april 2005 afgørelse om tilbagekaldelse af årsrapporten for 2003. Der blev på dette tidspunkt ikke foretaget yderligere kontrol af indholdet af årsrapporten for 2003.

Den 2. maj modtog Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fondens årsrapport for 2004. Desuden modtog styrelsen den 4. maj 2005 en ny årsrapport for 2003 nu forsynet med revisionspåtegning af en statsautoriseret revisor. Samtidigt blev styrelsens afgørelse af 11. april 2005 påklaget til Erhvervsankenævnet.

Styrelsen har siden genoptaget kontrollen af årsrapporten for 2003 med henblik på en vurdering af indholdet af årsrapporten og udvidet kontrollen til at omfatte årsrapporten for 2004, hvor to bestyrelsesmedlemmer ligeledes har taget forbehold ved underskrivelsen. ...”

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 11. april 2005 hedder det:

”Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har som fondsmyndighed gennemgået årsrapporten for K.

Vi har i den forbindelse konstateret, at selskabets årsrapport for 2003 ikke er forsynet med en gyldig revisionspåtegning. Det skyldes, at årsregnskabet er underskrevet af to revisorer fra Kommunernes Revision, som ikke opfylder kravet til revisionsvirksomhed i lov om statsautoriserede og registrerede revisorer, § 12.

Da revisionspåtegningen ikke er underskrevet af statsautoriserede eller registrerede revisorer, kan årsrapporten ikke anses for at være revideret, hvilket er i strid med årsregnskabslovens § 135.

Offentliggørelse af fondens årsrapport for 2003 er på dette grundlag trukket tilbage dags dato, og fonden anses som følge heraf ikke for at have indsendt årsrapport for 2003 til styrelsen.

Vi pålægger herefter fonden at indsende en revideret årsrapport til styrelsen senest den 9. maj 2005. I modsat fald vil vi benytte vores ret til at udpege en revisor i henhold til lov om erhvervsdrivende fonde, § 29, stk. 2.
...”

I klageskrivelsen af 3. maj 2005 har K anført:

”... Det kan oplyses, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke tidligere har haft bemærkninger til revisionspåtegningen af Ks regnskab.

Efter bestyrelsens opfattelse er K omfattet af lov om erhvervsdrivende fonde § 39...

Bestemmelsen indebærer, at fonde, der er undergivet kommunal revision, ikke er omfattet af årsregnskabslovens § 135, stk. 2, om, at revisor skal være statsautoriseret eller registreret.

I kommentaren til lov om erhvervsdrivende fonde, som er udgivet af Foreningen af Statsautoriserede Revisorer, fremgår det om begrebet ”kommunal revision”, at:

”Bestemmelsen ... sigter mod de ikke helt få tilfælde, hvor fonde, der har tilknytning til statslige myndigheder eller kommuner, eller som modtager betydelige tilskud fra sådanne myndigheder, er underlagt revision af statslige eller kommunale revisionsinstanser. Det er derfor (politisk) hensigtsmæssigt over en kam at undtage de nævnte fonde fra revisionsreglerne i LEF. Typisk er der tale om Rigsrevisor eller Kommunernes Revisionsafdeling, der er undergivet en særlig lovregulering.” (Christen Boye Jacobsen mfl. (1989), side 173)

Siden fondens stiftelse i 1917 har X Kommune udpeget flertallet af medlemmerne af Ks bestyrelse. Årsrapporten 2003 er revideret af A fra Kommunernes Revision, som også er X Kommunes revisor. Det bemærkes, at A er uddannet statsautoriseret revisor.

Det er derfor opfattelsen, at fonden har en sådan tilknytning til kommunen, at fondens regnskab ikke er omfattet af årsregnskabslovens § 135, stk. 2, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 39.

...

I erkendelse af at sagen kan trække ud, skal det afslutningsvis bemærkes, at årsrapporterne for 2003 og 2004 er underskrevet af en statsautoriseret revisor og indsendt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.”

Bestyrelsesmedlem i K, B har

ved skrivelse af 4. maj 2005 til Erhvervsankenævnet anført:

”Som bestyrelsesmedlem i K uden tilknytning til X Kommune skal jeg anføre, at jeg ikke er enig i indholdet af formanden borgmester Cs skrivelse af 03. maj 2005 til Erhvervsankenævnet i ovennævnte sag.

Skrivelsen har ikke været forelagt fondens bestyrelses og den heri anførte argumentation har ikke været genstand for drøftelse i bestyrelsen.

Derimod har undertegnede overfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anført, at den hidtidige revision af fondens regnskaber af en ikke-registreret eller statsautoriseret revisor er i strid med Årsregnskabsloven som Lov om Erhvervsdrivende Fonde er omfattet af.

Borgmester C anfører, at K er undergivet kommunal revision og derfor ikke undergivet Årsregnskabsloven i medfør af undtagelsesbestemmelsen i § 39 i Lov om Erhvervsdrivende Fonde.

I kommentarerne i Fondslove 5. reviderede udgave, Lennart Lynge Andersen 2003 anføres ”§ 39 svarer i det væsentlige til Fondslovens § 28 og bestemmelsen hviler på hensyn, der næppe kan antages at være holdbare (og slet ikke i en Erhvervsdrivende Fond). Problemet er dog næppe stort, da der formentlig ikke findes mange Erhvervsdrivende Fonde, der er undergivet statslig eller kommunal revision”.

Under kommentarer til § 28 anføres bl.a. ”det er ikke tilstrækkeligt til en § 28 situation, at en statslig eller kommunal myndighed udgør fondens bestyrelse/og eller administration”.

For fuldstændigheden skal anføres, at Ks vedtægter ikke bestemmer, at fonden er undergivet kommunal revision og at X Kommune ikke under nogen form direkte eller indirekte yder tilskud eller støtte til K.

Det er således alene flertallet af kommunalbestyrelsesmedlemmer, der gennem en årrække har besluttet at lade fondens regnskaber revidere af kommunens egen revisor, hvilket faktum imidlertid ikke er ensbetydende med at K i § 39's forstand er ”undergivet kommunal revision”.

Borgmester C tog i 1999 som formand for bestyrelsen i K initiativ til at afmelde D, statsautoriseret Revisionselskab, som fondens revisorer for i stedet at udpege Kommunernes Revision til at revidere fondens regnskaber ”i overensstemmelse med revisionsregulativet for X Kommune” (jf. revisionspåtegning på 1999-regnskabet).

Det skal hertil anføres, at det næppe er formålet med § 39, at en bestyrelse i en Erhvervsdrivende fond uden vedtægtsændring eller saglig begrundelse kan bestemme, at fondens regnskaber fremover skal være ”undergivet kommunal revision” med den konsekvens, at man ikke – længere – skal følge Årsregnskabslovens bestemmelser.

Der er efter min mening, som bestyrelsesmedlem i fonden, ingen som helst holdepunkter for eller hensyn til at K skal kunne fortsætte med at aflægge regnskaber alene revideret af X Kommunes egen revisor i henhold til X Kommunes revisionsregulativ og som derfor i et og alt er underlagt X Kommunes instrukser.

Jeg har overfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsen påpeget en lang række formelle og reelle fejl og mangler i det af kommunens revision reviderede årsregnskab 2003 i forhold til Årsregnskabsloven, og der er – ikke mindst for os bestyrelsesmedlemmer, som ikke er tilknyttet eller valgt af X Kommune – et påtrængende behov for at Ks regnskaber revideres af en uafhængig (statsautoriseret) revisor, som samtidig kan fungere som tillidsmand for minoriteten i bestyrelsen overfor flertallet udpeget af X Kommune.
...”

Bestyrelsesmedlem B har ved skrivelse af 6. juni 2005 yderligere bemærket:

”...

På et møde i Ks Samarbejdsudvalg den 31 MAJ 2005, var borgmester og formand for K, C inviteret til at deltage, herunder at få lejlighed til at udtrykke sin opfattelse af den kritik, der har været rejst af Fondsbestyrelsens måde at fungere på.

C gjorde det klart for ... klubber og foreninger, der alle er medlemmer af Samarbejdsudvalget, at de til Fondsbestyrelsen valgte kommunalbestyrelsesmedlemmer kunne udtale sig som de ville og stemme som de personligt mente det rigtigt og at de ikke var undergivet kommunalbestyrelsens instruktionsbeføjelse ved udøvelse af hvervet som bestyrelsesmedlem i fonden.

X Kommunes borgmester her hermed indirekte bekræftet, at K alene varetager ikke-kommunale opgaver, jfr. Kommunestyrelsesloven § 68a, stk. 3.

Det forekommer derfor uden reel baggrund, når borgmester C i brev af 03 MAJ 2005 til Erhvervsankenævnet argumenterer, at Fonden er undergivet kommunal revision, og at reglerne i Årsregnskabsloven derfor ikke findes anvendelig.

Hvis borgmesterens argumentation skulle følges, ville det indebære, at en fond, hvis bestyrelsesmedlemmer ikke er undergivet kommunal instruks, desudagtet var underlagt kommunal revision – dvs. at

bestyrelsen i givet fald skulle instruere den kommunale revision på trods af at bestyrelsen ikke i øvrigt var undergivet kommunal instruks.”

I den ovennævnte redegørelse har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 22. juni 2005 endvidere udtalt:

”...

Sagens juridiske baggrund

K er omfattet af lov om erhvervsdrivende fonde, jf. lovens § 1.

Erhvervsdrivende fonde, skal i henhold til årsregnskabsloven, § 3, stk. 1, nr. 3, aflægge årsrapport efter denne lovs regler. I henhold til § 7, stk. 1, nr. 2 skal virksomheder omfattet af § 3, stk. 1 aflægge årsrapport efter reglerne for regnskabsklasse B.

Reglerne om revision fremgår af årsregnskabslovens kapitel 17. Det fremgår således af § 135, at kun statsautoriserede eller registrerede revisorer kan revidere årsrapporter i virksomheder, der er omfattet af regnskabsklasse B.

Af lov om erhvervsdrivende fonde, § 29, fremgår, at en erhvervsdrivende fonds årsrapport skal undergives revision. I forbindelse med revision af årsregnskabsloven i 2001 (lov nr. 448 og 449 af 7. juni 2001 om erhvervsdrivende virksomheders aflæggelse af årsregnskab m.v. og ændring af lov om aktieselskaber m.fl. love) blev der fjernet en række revisions- og regnskabsbestemmelser fra lov om erhvervsdrivende fonde, idet erhvervsdrivende fonde blev direkte omfattet af årsregnskabslovens bestemmelser. Ændringerne havde til hensigt at samle alle regnskabsregler fra driftsøkonomiske regnskaber i én lov.

Det er derfor et helt klart udgangspunkt, at erhvervsdrivende fonde er omfattet af årsregnskabslovens regler og dermed skal revideres af en statsautoriseret eller registreret revisor.

Af lov om erhvervsdrivende fonde, § 39, fremgår, at reglerne om revision i lovens kapitel 6 og i årsregnskabsloven ikke finder anvendelse for fonde, der er undergivet statslig eller kommunal revision. Bestemmelsen er sat ind i loven ved L 130 1983/84 ved et ændringslovforslag. Af tillægsbetænkningen, pkt. 8, fremgår helt kort, at ændringsforslaget har baggrund i, at fonde undergivet den pågældende revision er undergivet fornødent offentlig tilsyn og økonomisk kontrol.

Bestemmelsen er således rettet mod det lille antal af erhvervsdrivende fonde, der er under kommunal eller statslig kontrol for så vidt angår regnskaberne. Flertallet af disse fonde har uanset § 39 valgt at have en statsautoriseret eller registreret revisor.

Der findes derudover adskillige fonde, der er underlagt andet offentlig tilsyn, fordi fondene løbende modtager tilskud fra det offentlige og/eller

varetager særlige offentlige opgaver, eksempelvis drift af behandlingshjem. § 39 er ikke rettet mod disse fonde.

Der er således ikke holdepunkter for at antage, at § 39 frit skal kunne anvendes af fonde, der finder det mere hensigtsmæssigt ikke at være underlagt årsregnskabslovens bestemmelser om revision, og som derfor foretrækker at lade sig revidere af en ikke statsautoriseret eller registreret revisor.

K har i henhold til fondens vedtægter til formål at fremme friluftslivet ved, gennem ... drift, at stille ... bygninger og anlæg til rådighed for aktiviteter indenfor ..., herunder ..., ... og Formålet er således ikke begrænset til offentlige opgaver og indeholder ikke nogen henvisning til offentlig tilsyn.

Vedtægtens § 6 om revision giver heller ikke holdpunkter for at antage, at fonden skal undergives kommunal revision. Det er alene anført, at bestyrelsen afgiver regnskab til revision af de af bestyrelsen antagne revisorer.

Bestemmelsen i vedtægtens § 4 om, at X Kommune udpeger et flertal af fondens bestyrelsesmedlemmer, kan ikke betragtes som et offentlig tilsyn. Det bemærkes i den forbindelse at de almindelige fondsretlige grundsætninger indebærer, at en fond skal være uafhængig af stifter, som således ikke efter stiftelsen må kontrollere fonden. Indeholder vedtægterne bestemmelse om tilsyn med fondens virke, skal tilsynet udøves af en uafhængig instans, ikke af fondens egen bestyrelse eller af dens stifter.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens udtalelse

Det er på denne baggrund vores opfattelse, at K ikke kan vælge at lade sin årsrapport revidere af Kommunernes Revision, da fonden ikke er ”undergivet fornødent offentlig tilsyn og økonomisk kontrol”, som nævnt i bemærkningerne til lov om erhvervsdrivende fonde, § 39.

Som følge heraf er fonden underlagt de almindelige regler for revision i lov om erhvervsdrivende fonde, § 29, og årsregnskabsloven, § 135, hvilket indebærer, at årsrapporten skal være gennemgået og forsynet med påtegning af en statsautoriseret eller registreret revisor.
...”

I skrivelse af 12. september 2005 har K yderligere anført:

”...

Det kan oplyses, at bestyrelsen i K har haft tradition for at vælge samme revisor som X Kommune. Dette er bl.a. begrundet i, at Fonden har en administrationsaftale med X Kommune. Det er således X Kommune, som fører Fondens daglige regnskab.

I 1999 skiftede X Kommune fra Revisionsfirmaet D til Kommunernes Revision. Bestyrelsen for K accepterede ved samme lejlighed et tilbud fra Kommunernes Revision, Selskabsrevisionen, om revision af Fonden.

Fonden har, på baggrund af den af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen rejste sag om, hvorvidt Kommunernes Revision lovligt kan revidere Fondens regnskab, anmodet Kommunernes Revision om en udtalelse.

Kommunernes Revision er af den opfattelse, at de lovligt kan revidere Fondens regnskab.

Dette er bl.a. begrundet i, at Kommunernes Revision reviderer lignende fonde. Som eksempel nævnes en fond med reg. Nr. ... og en fond med CVR-nr.

K henholder sig til Kommunernes Revisions udtalelse.
..."

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ved skrivelse af 1. november 2005 bemærket:

"...

Det skal for en god ordens skyld understreges, at vil altid være fondens bestyrelse, der har ansvaret for, at fonden revideres af en kompetent revisor. Bestyrelsen må således i hvert enkelt tilfælde selv vurdere, om fonden er omfattet af undtagelsen i lov om erhvervsdrivende fonde, § 39.

At Kommunernes Revision også reviderer andre erhvervsdrivende fonde er således ikke relevant for vurderingen af den konkrete sag. ...
..."

Ved skrivelse af 1. december 2005 er K fremkommet med følgende supplerende bemærkning:

"...

Til underbygning af argumenterne i [skrivelse af 12. september 2005] vedlægges kopi af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens skrivelse af 8.8.2001 - sag ... - til Y Kommune. Af denne skrivelse fremgår: *"Det er tilladt for erhvervsdrivende fonde at have kommunal revision, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 39."*

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anviser som betingelse for lovlighed, at *"Kommuners Revision tilføjes i § 7, stk. 2"* i den pågældende fonds vedtægter.

Med henvisning til ovennævnte skrivelse fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anser bestyrelsen for Den erhvervsdrivende fond, K

også fondens revisor som lovlig under forudsætning af, at revisors navn tilføjes i vedtægterne.”

I skrivelse af 19. december 2005 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen hertil bemærket:

” ...

Den vedlagte afgørelse er truffet af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen som registreringsmyndighed. I forbindelse med registreringen har styrelsen opdaget en uoverensstemmelse mellem fondens vedtægter og den til brug for registreringen anmeldte revisor. I afgørelsen bedes fonden enten rette vedtægter eller anmeldelse.

I afgørelsen henvises der til, at fonde kan have kommunal revision i henhold til reglerne i lov om erhvervsdrivende fonde § 39. Der tages ikke stilling til, hvorvidt den konkrete fond er omfattet af bestemmelsen.

Dette skyldes, at det er fondsbestyrelsen, der har pligt til at vurdere, hvorvidt bestemmelsen finder anvendelse i en konkret sag. Fondsbestyrelsen har ligeledes ansvar for, at de anmeldte forhold er i overensstemmelse med den gældende lovgivning på området. Registreringen indeholder således ikke en godkendelse af de anmeldte forhold. Uafhængigt af sin registreringsvirksomhed er styrelsen tilsynsmyndighed for fonde og fører via stikprøver tilsyn med, at erhvervsdrivende fonde overholder vedtægter og gældende lovgivning.
...”

Ankenævnet udtaler:

Ifølge § 1 i statuten for K er denne en erhvervsdrivende fond med hjemsted i X kommune.

Udgangspunktet er derfor, at K skal aflægge årsrapport i overensstemmelse med årsregnskabslovens regler, og årsrapporten skal revideres af en statsautoriseret eller registreret revisor, jf. årsregnskabslovens § 3, stk. 1, nr. 3, jf. § 7, stk. 1, nr. 2, sammenholdt med § 135.

For erhvervsdrivende fonde, der er undergivet statslig eller kommunal revision, finder kravet om, at revisionen skal foretages af en statsautoriseret eller registreret revisor dog ikke anvendelse, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 39.

Anvendelsesområdet for undtagelsen i lov om erhvervsdrivende fonde § 39 gælder overensstemmende med lovbemærkningerne alene fonde, som er undergivet fornødent offentligt tilsyn og økonomisk kontrol. Bestemmelsen danner derimod ikke grundlag for, at erhvervsdrivende fonde frit kan vælge at undlade at lade årsrapporten revidere af en statsautoriseret eller registreret revisor.

K er ikke ifølge sin statut eller på andet grundlag undergivet offentligt tilsyn og revision og dermed ikke omfattet af undtagelsesbestemmelsen i § 39 i lov om erhvervsdrivende fonde. Bestemmelsen om, at X Kommune udpeger et flertal af fondens bestyrelsesmedlemmer, ændrer ikke herved.

Den årsrapport for 2003 fra fonden, som blev indsendt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, er forsynet med en revisionspåtegning underskrevet af to revisorer fra Kommunernes Revision, som ikke opfylder kravet til revisionsvirksomhed i lov om statsautoriserede og registrerede revisorer, § 12.

På denne baggrund tiltræder ankenævnet, at fonden blev pålagt at indsende en ny revideret årsrapport for 2003.

Ankenævnet stadfæster derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 11. april 2005.

25) Kendelse af 29. juni 2006 (J.nr. 2006-0004887).

Omlægning af selskabs regnskabsår registreringsnægtet.

Årsregnskabslovens § 15.

(Poul Østergaard Mortensen, Kirsten Aaskov Mikkelsen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 11. januar 2006 har A v/B på vegne af K A/S klaget over Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 9. december 2005 om nægtelse af at registrere en anmeldt omlægning af selskabets regnskabsår.

Sagens omstændigheder:

På generalforsamlingen i K A/S, afholdt den 10. november 2005, besluttedes det at ændre regnskabsåret fra kalenderåret til 1. juli – 30. juni med omlægningsperiode 1. januar 2005 til 30. juni 2005.

Ved skrivelse af 30. november 2005 - modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 5. december 2005 - indsendte B anmeldelse om omlægningen af regnskabsåret. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen nægtede ved skrivelse af 9. december 2005 med henvisning til årsregnskabslovens § 15, stk. 4 at registrere anmeldelsen. I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse hedder det blandt andet:

”Anmeldelse om ændring af regnskabsår skal være modtaget i styrelsen senest 5 måneder efter udløbet af det regnskabsår, som ønskes ændret, dog senest 5 måneder efter omlægningsperiodens udløb.

Ændring af regnskabsåret kan ikke registreres jf. årsregnskabslovens § 15, stk. 2
...”

I klageskrivelsen af 11. januar 2006 har B anført:

”...

Til begrundelse for nærværende klage skal anføres:

01. I marts måned 2005 købte C ApS samtlige aktier i K A/S. Da det vil være mest hensigtsmæssigt, at samtlige datterselskaber under C har års afslutning på samme tid som moderselskabet blev der afholdt ekstraordinært generalforsamling i K den 10. november 2005, hvor det som eneste punkt på dagsordenen blev besluttet, at omlægge selskabets regnskabsår fra den 31. december til 30. juni. Første regnskabsår efter omlægningen fra den 01.01.05 til 30.06.05 (6 mdr.). C ApS incl. samtlige datterselskaber har herefter alle afslutning pr. 30.06.
02. Anmeldelsen med om omlægningen blev sammen med det reviderede regnskab for perioden 01.01.05 til 30.06.05 afsendt fra mit kontor med almindelig post onsdag den 30. november 2005. Ændringen var således ikke Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fysisk i hænde inden udløbet af 5 måneder efter omlægningsperiodens udløb.
03. Anmeldelsen var overgivet til alm. postbesørgelse inden 5 måder efter omlægningsperiodens udløb.
04. Den aktuelle overskridelse er uvæsentlig og uden betydning for selskabet og dets samarbejdspartner. Selskabets bogførte og reelle egenkapital er væsentlig i forhold til driften og selskabets balancesum.
05. Der er udarbejdet og til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen indsendt behørig årsrapport for perioden 01.01.05 – 30.06.05.

06. En nægtelse af registreringen af omlægningen vil medføre væsentlige unødige omkostninger til udarbejdelse af ny årsrapport i forbindelse med omlægning af regnskabsåret til 30.06.
 07. Selskabet har i juli måned 2005 omlagt sin primære aktivitet til projektudvikling hvorfor det vil være uheldigt om ikke regnskabsåret fra og med den 1. juli 2005 kommer til at følge moderselskabet.
- ...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 23. februar 2006 udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder

Af § 9 i bekendtgørelse nr. 200 af 21. marts 2005, (anmeldelsesbekendtgørelsen) fremgår det, at anmeldelse om ændring af regnskabsår skal være modtaget i styrelsen senest 5 måneder efter udløbet af det regnskabsår, som ønskes ændret, dog senest 5 måneder efter omlægningsperiodens udløb. Fristen for statslige og børsnoterede aktieselskaber er dog 4 måneder. Modtages anmeldelsen efter udløbet af fristen, nægtes registrering, jf. årsregnskabslovens § 15, stk. 4.

Af årsregnskabslovens § 15, stk. 4, fremgår det at beslutning om omlægning af regnskabsår skal være truffet i så god tid, at anmeldelse herom kan indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, så den er modtaget i styrelsen senest 5 måneder efter udløbet af det regnskabsår, som ønskes ændret, dog senest 5 måneder efter omlægningsperiodens udløb. Modtages anmeldelsen efter udløbet af fristen i 1. eller 2. pkt., nægtes registrering.

Det fremgår således af bestemmelserne, at anmeldelse om ændring af regnskabsår skal være modtaget i styrelsen inden for den fastsatte frist på 5 måneder efter omlægningsperiodens udløb. Det fremgår ligeledes, at overskridelse af fristen medfører registreringsnægtelse.

Der er ikke i bestemmelserne anført nogen form for undtagelse eller dispensationsmuligheder.

Styrelsens holdning

Det har altid været styrelsens holdning, at overtrædelse af fristen skal medføre registreringsnægtelse.

Baggrunden herfor er at styrelsen ikke kan medvirke til registrering af forhold, der ikke er udtryk for en forsinket opfyldelse af en lovbestemt pligt, men derimod udtryk for en frivillig ændring, der i sig selv skaber en overtrædelse af indsendelsespligten, der ved lovgivningen er sanktionsbelagt.

Styrelsens faste praksis er yderligere begrundet i risikoen for regnskabsmanipulationer, der øges i takt med længden af den periode efter regnskabsårets udløb, hvori der tillades omlægning af det ellers afsluttede regnskabsår.

Styrelsen har ikke mulighed for at foretage en konkret vurdering af muligheden for regnskabsmanipulation og er derfor nødt til at følge de faste retningslinier som fremgår af årsregnskabslovens § 15, stk. 4 og anmeldelsesbekendtgørelsen § 9.

Der henvises endvidere til Erhvervsankenævnets kendelse af 9. december 2003, j. nr. 02-192.662, hvor ankenævnet tiltrådte styrelsens synspunkter. Siden kendelsen er afsagt er bestemmelserne i anmeldelsesbekendtgørelsen § 9 og årsregnskabsloven § 15, stk. 4, om registreringsnægtelse ved overskridelse af fristen blevet indsat og styrelsens hidtidige praksis således blevet lovfæstet.”

I skrivelse af 28. marts 2006 har B yderligere anført:

” ...

01. I ht. årsregnskabslovens § 15, stk. 5 skal modervirksomheder og dattervirksomheder sikre, at dattervirksomheder har samme regnskabsår medmindre det ikke er muligt på grund af forhold, som er ude af modervirksomhedens og dattervirksomhedens kontrol.

Selskabet og dets ledelse opfyldte netop § 15 stk 5 ved at indkalde til ekstraordinær generalforsamling den 10. november 2005 alene med det punkt på dagsorden at ændre selskabets regnskabsår således at modervirksomhed og samtlige datterselskaber får samme regnskabsår (01.07 til 30.06).

02. Årsregnskabslovens § 15 stk 4 er overholdt da omlægningen blev vedtaget på selskabets ekstraordinære generalforsamling den 10. november 2005, 3 uger før udløbet af frist for indsendelse til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

03. Ændringsanmeldelse samt referat fra ekstraordinær generalforsamling blev underskrevet klar til forsendelse den 10. november 2005 ...

Afsendelsen af anmeldelsen med tilhørende bilag blev beklageligvis fejlagtig først afsendt fra mit kontor onsdag den 30. november 2005 således at materialet ved normal postgang skulle havde været fremme hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen torsdag den 1. december 2005. Af uforklarlige årsager er materialet først registreret modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen mandag den 5. december 2005.

Den sene afsendelse fra mit kontor skyldes alene forglemmelse og sygdom og skyldes således ikke forhold som kan henføres til selskabet K A/S.

04. Forsinkelsen er ubetydelig og da selskabet stor set ikke har haft nævneværdig aktivitet før C ApS overtagelse i marts måned 2005 skal vi venligst anmode om, at den på den ekstraordinære generalforsamling den 10. november vedtagne ændring bliver registreret i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Det er af største betydning at K A/S med virkning fra den 1. juli 2006 får samme regnskabsår som moderselskabet bl.a. p.g.a følgende:

- a. Påbegyndelse af ny aktivitet pr. 1. juli 2005
- b. For at der pr 30.06.06 kan aflægges et retvisende koncernregnskab for perioden 01.07.05 til 30.06.06
- c. For at opfylde årsregnskabslovens § 15 stk.5
- d. Årsregnskab pr 30.06.05 er behørig indsendt til diverse myndigheder så ledes at alt er tilrettelagt i ht. årsregnskabslovens bestemmelse for så vidt angår samme regnskabsår for C ApS og samtlige dets datterselskaber. C ApS har i øvrigt i indeværende regnskabsår købt yderlig en datterselskab, D ApS som allerede har fået vedtaget og i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen registreret regnskabsår 01.07 til 30.06.

...”

Ankenævnet udtaler:

Anmeldelse om omlægning af selskabets regnskabsår til perioden 1. juli til 30. juni med omlægningsperiode 1. januar 2005 til 30. juni 2005 skulle have været modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest 5 måneder efter omlægningsperiodens udløb, jf. årsregnskabslovens § 15, stk. 4, 1. pkt.

Da anmeldelsen først blev modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 5. december 2005, og da det er udokumenteret, at forsinkelsen skyldes postvæsenets fejl, tiltrædes det, idet der ikke er mulighed for at dispensere fra den nævnte frist, at styrelsen har nægtet at registrere anmeldelsen, jf. årsregnskabslovens § 15, stk. 4, 3. pkt.

Ankenævnet stadfæster derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 9. december 2005.

26) Kendelse af 8. september 2006 (J.nr. 2005-0003553).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Lars Holtug, Anders Hjulmand og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 15. september 2005 har advokat K1 på egne vegne og på vegne K2 og K3 klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 9. september 2005 har pålagt de pågældende som bestyrelsesmedlemmer i K A/S afgifter for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport for 2004.

Sagens omstændigheder:

K A/S har kalenderåret som regnskabsperiode. Da selskabets årsrapport for 2004 ikke var modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden den i årsregnskabslovens § 138, stk. 1, 2. pkt., fastsatte frist på 5 måneder efter regnskabsårets udløb, sendte styrelsen i henhold til lovens § 150 den 13. juni 2005 brev til selskabets ledelse på selskabets registrerede adresse med påkrav om at modtage årsrapporten senest den 23. juni 2005. Styrelsen meddelte samtidig, at såfremt årsrapporten blev modtaget senere, ville hvert medlem af selskabet øverste ledelse blive pålagt en afgift for overskridelse af indsendelsesfristen i medfør af årsregnskabslovens §§ 150-152. Styrelsen meddelte endvidere, at såfremt årsrapporten ikke blev modtaget senest den 11. juli 2005, ville styrelsen uden yderligere varsel anmode skifteretten om at tvangsopløse selskabet, jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 3. Ved skrivelse af 24. august 2005 anmodede styrelsen Skifteretten i X-by om at opløse selskabet i medfør af aktieselskabslovens § 117, jf. § 118, idet styrelsen ikke havde modtaget selskabets årsrapport for 2004. Selskabets bestyrelse blev ved skrivelse af samme dato orienteret om styrelsens skrivelse til skifteretten. Den 5. september 2005 modtog styrelsen selskabets årsrapport for 2004, og ved skrivelser af 9. september 2005 pålagde styrelsen under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, K2, K3 og K1 hver en afgift på 3.000 kr.

I klageskrivelsen af 15. september 2005 har advokat K1 anført:

”...

Grunden til, at sagen indbringes for Erhvervsankenævnet med påstand om, at vi alle 3 fritages for afgiften, er følgende:

Tirsdag den 31. maj 2005 afholdte selskabet ordinær generalforsamling på mit kontor under hvilken generalforsamling årsrapporten bliver godkendt.

Årsrapporten kan imidlertid ikke underskrives af bestyrelsen på dette møde, fordi revisor i den forelagte årsrapport ikke har været opmærksom på, at selskabet i det forgangne regnskabsår på grund af tilkøb af en virksomhed ved navn A havde taget navneændring til K A/S.

Det aftaltes derfor, at revisor får korrigeret årsrapporten og herefter modtager underskrift af årsrapporten af de 2 bestyrelsesmedlemmer K3 og K2 og herefter videresender denne til mig.

I brev af 7. juni 2005 fra revisor modtager jeg herefter den originale årsrapport med underskrift af de 2 fornævnte bestyrelsesmedlemmer til min underskrift, og jeg bliver herefter anmodet om at videresende årsrapporten til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Ved en fejlekspedition herpå kontoret bliver årsrapporten ikke straks underskrevet af mig og videresendt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, men bliver henliggende på sagen.

Den 25.8. 2005 modtager jeg en fax fra direktør K3, K A/S, i hvilken fax det oplyses, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har fremsendt begæring til Skifteretten i X-by om selskabets opløsning på grund af manglende indsendelse af årsrapporten.

Jeg tager naturligvis straks hånd om sagen, og sørger for, at de fornødne dokumenter udarbejdes, så sagen kan trækkes tilbage fra Skifteretten i X-by, hvilket sker den 6.9. 2005, hvor selskabet på ny bliver registreret i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen med den hidtidige revisor og bestyrelse og direktionen.

Straks jeg den 24.8. 2005 blev bekendt med sagens fremsendelse til Skifteretten i X-by, spurgte jeg direktør K3 om han eller det andet bestyrelsesmedlem på deres privatadresser eller på virksomhedens adresse havde modtaget påmindelse fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvilket de erklærede med 100% sikkerhed ikke var tilfældet, idet de naturligvis, såfremt de havde modtaget en sådan straks ville have givet mig besked.

Jeg har heller ikke som bestyrelsesformand, hverken på min privatadresse eller på vores advokatkontors adresse modtaget nogen påmindelse, idet jeg naturligvis straks, hvis en sådan var modtaget, havde indsendt årsrapporten, der jo som ovenfor anført lå fuldstændig klar til indsendelse til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Efter at afgiftsopkrævningen nu er modtaget, fremgår det af denne, at der skulle være sendt et brev den 13.6. 2005 til selskabets ledelse i hvilket brev styrelsen har fastsat en frist til den 23.6. 2005.

Efter denne oplysning har jeg på ny forespurgt såvel direktør K3 som bestyrelsesmedlem K2 (de nævnte ejer selskabet med 50% til hver) om de på deres privatadresser eller selskabets adresse har modtaget det nævnte brev, hvilket de med 100% sikkerhed oplyser ikke er tilfældet.

Direktør K3 oplyser, at det er ham, der modtager posten hver dag i virksomheden, og han oplyser, at det er 100% sikkert, at der heller ikke til firmaets adresse er modtaget den af styrelsen anførte påkravsskrivelse af 13.6. 2005.

Jeg har spurgt direktør og bestyrelsesmedlem K3 og bestyrelsesmedlem K2 om de er villig til at afgive en tro og love erklæring på, at de nævnte ikke hverken på deres privatadresser eller på selskabets adresser har modtaget brevet af 13.6. 2005 fra styrelsen hvilket begge 100% har erklæret sig indforstået med, idet de begge erklærer, at de naturligvis omgående ville have reageret overfor mig, såfremt brevet var modtaget.

Under henvisning til ovennævnte redegørelse beklager jeg naturligvis, at problemstillingen er opstået, men jeg gør gældende, at afgiftsopkrævningen for os alle 3 bør ophæves.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 27. oktober 2005 udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder

Det fremgår af § 8, stk. 2, 4. punktum i lovbekendtgørelse nr. 196 af 23. marts 2004, årsregnskabsloven (ÅRL), at:

”hvert enkelt medlem af det øverste ledelsesorgan har ansvar for, at årsrapporten indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden for de i loven fastsatte frister.”

Videre fremgår det af ÅRL § 138, stk.1, at:

”virksomheder omfattet af regnskabsklasse B, C og D skal uden ugrundet ophold efter godkendelsen indsende den reviderede og godkendte årsrapport til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. § 3, stk. 1, og § 7. Årsrapporten skal være modtaget i styrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning, ...”

ÅRL § 150, stk. 1, 1. pkt., bestemmer, at:

”Er årsrapport eller undtagelseserklæring ikke modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, når fristen i § 138, stk. 1, 2. pkt., er udløbet, sender styrelsen et brev med påkrav til virksomhedens ledelse på virksomhedens adresse med anmodning om at indsende virksomhedens årsrapport eller undtagelseserklæring.”

Videre fremgår af ÅRL § 150, stk. 2, at:

”I påkravsbrevet angives en frist på 8 hverdage fra brevets datering til indsendelse af årsrapport. Modtages årsrapporten eller undtagelseserklæringen i styrelsen inden udløbet af denne frist, foretager styrelsen ikke yderligere som følge af forsinkelsen.”

Såfremt årsrapporten modtages i styrelsen senere end den frist, der gives i påkravsbrevet, fremgår det af ÅRL § 151, stk. 1-3, at:

*”Modtages årsrapporten eller undtagelseserklæringen efter udløbet af fristen på 8 hverdage fra påkravsbrevets datering, jf. § 150, stk. 2, pålægger Erhvervs- og Selskabsstyrelsen hvert medlem af virksomhedens øverste ansvarlige ledelse henholdsvis hver filialbestyrer en afgift.
Stk. 2. Afgiften beregnes fra udløbet af fristen i § 138, stk. 1, 2. pkt.
Stk. 3. Afgiften udgør 500 kr. pr. ledelsesmedlem henholdsvis filialbestyrer for 1. påbegyndte måned, i alt 2.000 kr. for 2. påbegyndte måned og i alt 3.000 kr. for 3. påbegyndte måned. Afgiften kan højst udgøre 3.000 kr. pr. ledelsesmedlem henholdsvis filialbestyrer.”*

Endelig fremgår det af ÅRL § 152, at:

*”Under ganske særlige omstændigheder kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen helt eller delvis fritage et ledelsesmedlem eller en filialbestyrer for betaling af afgift efter § 151, hvis den pågældende kan godtgøre over for styrelsen, at han eller hun har søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges ham eller hende til last.”
Stk. 2. Det fritager ikke i sig selv det enkelte ledelsesmedlem for ansvar, at det ansvarspådragende forhold er begået af virksomhedens ansatte, rådgivere eller lignende.”*

Af bemærkningerne til ÅRL § 152, fremgår en række tilfælde, der i sig selv ikke berettiger til fritagelse for afgift. Disse er (jf. lovforslag L 138 FT 2000/01) eksempelvis situationer, hvor:

”at ledelsesmedlemmet ikke har fået kendskab til påkravsbrevet inden udløbet af påkravsfristen i lovforslagets § 150, stk. 2, på grund af virksomhedens eller ledelsesmedlemmets egne forhold (f.eks. på grund af ferie) (...) eller at forsinkelsen skyldes fejl begået af virksomhedens ansatte eller rådgivere (...)”

Det fremgår endvidere af bemærkningerne, at fritagelsesmuligheden tænkes anvendt på, hvad der kan betegnes som ”ganske upåregnelige forhold”. Derudover er fritagelsesmuligheden generelt betinget af, at forholdet kan dokumenteres overfor styrelsen.

...

Styrelsens bemærkninger

...

Styrelsen har foretaget en gennemgang af sagen og har i den forbindelse ikke konstateret, at påkravs brev af 13. juni 2005 er modtaget retur. Det må på denne baggrund lægges til grund, at brevet er kommet frem.

Styrelsen finder ikke, at en tro og love erklæring afgivet af personer, som selv er pålagt afgiften, kan lægges til grund som dokumentation for, at påkravs brevet af 13. juni 2005 ikke skulle være modtaget i selskabet.

Styrelsen skal endvidere anføre, at årsrapporten for 2004 i henhold til det oplyste, blev godkendt på generalforsamling den 31. maj 2005. Det vil sige samme dag, som er seneste rettidige modtagelse af årsrapporten i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Dette forhold bør i sig selv indikere en skærpet opmærksomhed fra bestyrelsens side med hensyn til at sikre og påse, at årsrapporten bliver indsendt og modtaget i styrelsen.

Herunder burde bestyrelsen være opmærksom på modtagelse af bekræftelsen fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen på, at årsrapporten var blevet modtaget, jf. indsendelsesbekendtgørelsens § 12⁴.

Såfremt der foreligger ganske særlige omstændigheder kan styrelsen, jf. ÅRL § 152, stk. 1, helt eller delvis fritage det enkelte ledelsesmedlem for betaling af afgift. Denne bestemmelse er rettet mod ”ganske upåregnelige forhold”. Det er selskabets ledelse, der har ansvaret for, at regnskabsudarbejdelse og –godkendelse er tilrettelagt således, at selskabets årsrapport kan indsendes i rette tid. Styrelsen har i den foreliggende sag noteret sig, at regnskabsgodkendelse fandt sted på samme dag, hvor årsrapporten skulle have været modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Dette indebærer, at selskabets ledelse ikke har taget højde for påregnelige forsinkelser, der kunne opstå i forbindelse med korrektioner, underskrifter, indsendelse m.v.

Det følger af bemærkningerne til § 152, stk. 1, at upåregnelige forhold skal dokumenteres overfor styrelsen. Dette ses ikke godtgjort i den konkrete sag, hvorfor styrelsen ikke finder, at der er tilstrækkeligt grundlag for at fritage de enkelte ledelsesmedlemmer for betaling af afgift, jf. ÅRL § 152, stk. 1.

...”

I skrivelse af 28. november 2005 har advokat K1 yderligere anført:

”...

⁴ Bekendtgørelse nr. 1331 af 14. december 2004

Under afsnittet sagens faktiske omstændigheder fastholder styrelsen i brevet af 27.10.2005 til Erhvervsankenævnet at styrelsen den 13. juni 2005 fremsendte et påkravs-brev jfr. årsregnskabslovens § 150.

Sagens kerne vedrørende sagens faktiske omstændigheder er, at det fortsat gøres gældende, at dette brev aldrig er modtaget hos mine klienter på adressen ... X-by.

Som dokumentation for, at dette brev ikke er modtaget, vedlægges original tro og loveerklæring afgivet overfor offentlig myndighed, jfr. straffelovens § 161 underskrevet af virksomhedens ejere den 28. november 2005.

Det er klart, at det er svært for en modtager af et brev, der ikke er sendt anbefalet, at godtgøre at brevet ikke er modtaget, men med den her vedlagte tro og loveerklæring må det, selv om styrelsen i afsnittet styrelsens bemærkninger anfører, at påkravs-brevet ikke ses at være modtaget retur lægges til grund, at påkravs-brevet ikke er modtaget på adressen ... X-by.

Når mine klienter er så 100% sikker på, at brevet aldrig er modtaget, har de kun en mulighed, nemlig under strafansvar at afgive en tro og loveerklæring, hvorfor denne tro og loveerklæring som anført foran må anses for at være tilstrækkelig dokumentation for, at brevet ikke er modtaget på adressen.

Styrelsen anfører i sidste afsnit på side 4 i brevet af 27. oktober 2005, at Styrelsen ikke finder, at en tro og loveerklæring afgivet af personer, som selv er pålagt afgift, kan lægges til grund som dokumentation for, at påkravs-brevet af 13. juni 2005 ikke skulle være modtaget i selskabet.

Til dette er at bemærke, at jeg i brev af 27. september 2005 til mine klienter har anført in fine: "Det er klart, at uanset sagens udfald, står jeg inde for det økonomiske mellemværende med Erhvervs- og Selskabsstyrelsen."

Jeg vedlægger kopi af ekstrakt-udskrift af det nævnte brev af 27. september 2005 til mine klienter.

Under henvisning hertil må det derfor lægges til grund, at tro og loveerklæringen ikke er afgivet af personer, der selv er pålagt en afgift, idet jeg i fornævnte brev af 27.9. 2005 har påtaget mig det økonomiske ansvar også på vegne mine klienter.

Baggrunden for, at jeg har påtaget mig dette ansvar er de i mit brev af 15.9. 2005 til Erhvervsankenævnet beskrevne faktiske omstændigheder vedrørende årsrapportens ikke rettidige fremsendelse til styrelsen.

På ovennævnte baggrund fastholdes det, at tro og loveerklæringen er tilstrækkelig dokumentation for at påkravs-brevet af 13. juni 2005 ikke er modtaget på selskabets adresse.

Såfremt Erhvervsankenævnet til trods for det ovenfor anførte måtte lægge til grund, at påkravsbrevet er modtaget på selskabets adresse, gøres det gældende, at afgiften bør bortfalde i medfør af Årl. § 152 stk. 1.

Til støtte herfor gøres det gældende, at undertegnede siden selskabets stiftelse den 8.11. 1988 har været formand for bestyrelsen, og at det stedse har været aftalt med selskabets revisor, at revisor efter afholdelse af selskabets ordinære generalforsamling ”tog hånd om”, at årsrapporten rettidigt blev fremsendt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Det gøres gældende, at de helt specielle forhold, der som redegjort i mit brev af 15.9. 2005 til Erhvervsankenævnet foreligger ved selskabets ordinære generalforsamling den 31. maj 2005, bør bevirke, at der foreligger de ganske særlige omstændigheder, som anført i Årl. § 152, stk. 1, således at det findes rimeligt, at afgiften bortfalder eller subsidiært nedsættes.

Den tilfældige omstændighed, at generalforsamlingen netop i 2005 er afholdt den 31. maj bør ikke, som af styrelsen i første afsnit side 5 i brevet af 27. oktober 2005, medføre et andet resultat.

Datoen for generalforsamlingen er altid blevet aftalt telefonisk mellem selskabets revisor og undertegnede, hvorefter jeg har forespurgt mine klienter, om de har kunnet deltage den pågældende dato.

Ved at gå tilbage i min kalender kan jeg konstatere, at jeg har været forhindret i hele uge 21 (dokumentation kan om ønsket fremsendes), hvorfor der kun har været den 30. og 31. i uge 22 ledig, idet bemærkes, at generalforsamlingen af hensyn til mine klienter altid har været lagt sidst på eftermiddagen og den 31. maj var generalforsamlingen berammet til kl. 16.00 herpå kontoret.

...”

I skrivelse af 6. januar 2006 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen yderligere anført:

”...

Påkravsbrevet sendes som almindelig post til virksomhedens ledelse på den adresse, som virksomheden har registreret i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Hovedformålet med påkravsbrevet er at give virksomhedens ledelse en kort frist til at rette op på en eventuel forglemmelse eller misforståelse i forbindelse med indsendelsen. Et ledelsesmedlem kan ikke fritages for afgift, fordi det ikke har fået kendskab til påkravsbrevet, inden udløbet af påkravsfristen. Påkravsbrevet er sendt til den adresse som er registreret i styrelsen, og det er ikke fra selskabets side sandsynliggjort, at påkravsbrevet ikke er kommet frem til selskabets adresse.

...

Der skal i den forbindelse henvises til lovbemærkningerne til årsregnskabslovens § 152, hvoraf det fremgår, at fejl begået af selskabets rådgivere under alle omstændigheder er et mellemværende mellem selskabet og rådgiveren.

Styrelsen skal endvidere bemærke, at selskabets ledelse ikke reagerede på den manglende modtagelse af kvittering fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, som netop er dokumentationen for, at årsrapporten er blevet modtaget i styrelsen, som præciseret i årsregnskabslovens § 138.

...”

I skrivelse af 17. januar 2006 har advokat K1 endvidere bemærket:

”...

Som anført i mit nævnte brev af 28. november 2005 andet afsnit på side 2 anførte Styrelsen i sit brev af 27. oktober 2005, at en tro- og loveerklæring afgivet af personer, som selv var pålagt en afgift ikke kunne lægges til grund som dokumentation for, at påkravsbrevet af 13. juni 2005 ikke skulle være modtaget i selskabet.

Efter at jeg i brevet af 28. november 2005 dokumenterede, at tro- og loveerklæringen i denne sag netop ikke var afgivet af personer, som selv skal betale en afgift, anfører Styrelsen i brevet af 6. januar 2006, at en tro- og loveerklæring heller ikke i denne situation kan lægges til grund som dokumentation.

Her hopper kæden efter min opfattelse af for Styrelsen.

Styrelsen kan ikke først gøre det ene synspunkt gældende, og når forudsætningerne for dette ikke holder, da gøre et andet gældende.

Det korte af det lange i nærværende sag er, at der under strafansvar er afgivet en tro- og loveerklæring af 2 personer – der overhovedet ingen økonomisk interesse har i sagens udfald – og som hver dag åbner posten i den af dem i fællesskab ejede virksomhed, og denne tro- og loveerklæring må som anført af styrelsen i brevet af 27. oktober 2005 lægges til grund som dokumentation for at påkravsbrevet ikke er modtaget på selskabets adresse.

Såfremt denne dokumentation ikke lægges til grund som tilstrækkelig dokumentation, medfører dette, at det danske postvæsen stedse optræder som en vir optimus og ikke som en bonus pater familias.

Når man hører, hvor mange almindelige brevforsendelser, der hver dag går tabt i kongeriget, er der næppe nogen, og heriblandt formentlig også Styrelsen, der vil påstå, at det danske postvæsen handler som en vir optimus.

Overalt hvor det er mennesker, der forestår ekspeditioner og forsendelser og handlinger i øvrigt opstår der nu og da fejl, og fejl kan naturligvis også være sket for Styrelsen herunder i forbindelse med det påståede påkravsbrevs afsendelse.

Såfremt Styrelsen 100% ville sikre sig, at brevet var afsendt og modtaget hos adressaten, skulle brevet være sendt anbefalet.

De 2 indehavere af virksomheden K A/S, har i tro- og loveerklæringen erklæret, at de, såfremt de havde modtaget påkravsbrevet, omgående ville have givet mig besked.

Da jeg handlede omgående, da jeg fik oplyst, at selskabet var sendt til tvangsopløsning ved Skifteretten i Y-by, er der næppe nogen, der vil have mig mistænkt for ikke ligeledes omgående at have villet fremsende regnskabet, såfremt jeg havde fået besked om påkravsbrevet fra virksomhedens indehavere, men når indehaverne ikke har modtaget påkravsbrevet, kan de jo ikke give mig besked.

Konklusionen af det anførte er, at det må lægges til grund, at der i denne sag foreligger så specielle omstændigheder, at det ligeledes må lægges til grund, at det påståede påkravs brev ikke er modtaget i firmaet eller som det mindre, at det i hvert fald er tilstrækkelig sandsynliggjort, at brevet ikke er modtaget. Styrelsen har jo i denne sag erklæret sig enig i, at en tro- og loveerklæring, der er afgivet af personer, der ikke selv skal betale afgift kan tillægges bevismæssig vægt.”

I skrivelse af 1. marts 2006 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen hertil blandt andet bemærket:

”En afgift er en **personlig** afgift, der **pålægges** hvert enkelt medlem af et selskabs øverste ledelse, hvis årsrapporten modtages for sent i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Det forhold, at selskabets advokat, som følge af fejl fra dennes side, påtager sig at holde ledelsesmedlemmerne økonomisk skadesløse, ændrer således ikke på det forhold, at det er ledelsesmedlemmerne, der er **pålagt** afgiften.

...

Styrelsen skal afslutningsvis henlede opmærksomheden på, at årsregnskabslovens § 152, alene finder anvendelse ”Under ganske særlige omstændigheder”, ligesom det er en forudsætning, at det enkelte ledelsesmedlem ”kan godtgøre overfor styrelsen, at han eller hun har søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges ham eller hende til last.”

Styrelsen skal i den forbindelse påpege, at det forhold, at årsrapporten først blev godkendt den dag, hvor styrelsen burde have modtaget den, samt det forhold, at selskabets ledelse slet ikke reagerede på den manglende modtagelse af kvittering fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen,

som netop er dokumentationen for, at årsrapporten er blevet modtaget i styrelsen, ikke kan tages som udtryk for, at ledelsesmedlemmerne ”har søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges ham eller hende til last.”

Ledelsesmedlemmerne kunne jo netop have fremmet indsendelsen, hvis de havde reageret på den manglende modtagelse af kvittering.”

I skrivelser af 14. og 30. marts 2006 er advokat K1 fremkommet med yderligere bemærkninger i sagen.

Ankenævnet udtaler:

At selskabets ledelse har oplyst ikke at have modtaget Erhvervs- og Selskabsstyrelsens påkravsskrivelse af 13. juni 2005 om indsendelse af selskabets årsrapport for 2004 kan ikke i sig selv begrunde hel eller delvis fritagelse for betaling af afgift. Da selskabets ledelse endvidere ikke har reageret på styrelsens manglende fremsendelse af kvittering for årsrapportens modtagelse, ses der ikke at foreligge sådanne ganske særlige omstændigheder, som kan begrunde hel eller delvis fritagelse for betaling af de pålagte afgifter, jf. årsregnskabslovens § 152.

Ankenævnet tiltræder derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelser af 9. september 2005.

27) Kendelse af 8. december 2006 (J.nr. 2005-0004918).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 140, stk. 3 og 142.

(Kirsten Aaskov Mikkelsen, Johnny Kofoed-Jensen og Jan Uffe Rasmussen).

Ved skrivelse af 13. januar 2006 har statsautoriseret revisor A på vegne af K1 og K2 som ledelsesmedlemmer i B A/S, C ApS og D ApS klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 16. december 2005 og 6. januar 2006 har afslået at fritage de pågældende ledelsesmedlemmer for betaling af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af selskabernes årsrapporter for 2004.

Sagens omstændigheder:

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har i en - af Erhvervsankenævnet indhentet - redegørelse af 13. marts 2006 om sagens faktiske omstændigheder udtalt:

”...

Sagens faktiske omstændigheder

Det fremgår af de registrerede oplysninger, at selskabernes regnskabsår følger kalenderåret. Rettidig modtagelse af selskabernes årsrapporter for 2004 er dermed 31. maj 2005, jf. årsregnskabslovens § 138.

Da årsrapporterne ikke blev modtaget rettidigt, udsendte styrelsen den 10. juni 2005 et påkravsbrev (...) til hvert af selskaberne, jf. årsregnskabslovens § 150, til selskabernes bestyrelse på den i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen registrerede selskabsadresse. Påkravsbrevene oplyste om, at selskabernes årsrapport skulle have været modtaget i styrelsen senest d. 31. maj 2005. Det fremgik endvidere, at såfremt årsrapporten blev modtaget efter den 23. juni 2005, ville hvert medlem af selskabets øverste ledelse blive pålagt en afgift på mellem 500 kr. og 3.000 kr. afhængig af fristoverskridelsens længde.

Det fremgik tillige af brevene, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen uden yderligere varsel ville anmode skifteretten om at tvangsopløse selskaberne, hvis årsrapporterne ikke var modtaget senest den 8. juli 2005. Det fremgik herudover, at ”Er selskabet under betalingsstandsning eller akkordforhandling efter konkursloven, bedes De straks kontakte styrelsen.”

Påkravsbrevet ses ikke modtaget retur i styrelsen.

Den 3. august 2005 modtog styrelsen et brev fra statsautoriseret revisor A (...), hvor denne oplyste, at der forhandlede om en samlet akkord, som forventedes afsluttet inden månedens udgang. A anmodede på denne baggrund om, at styrelsen ikke foretog sig yderligere i relation til opløsning af selskaberne.

Styrelsen besvarede henvendelsen samme dag, hvor der blev anmodet om dokumentation for betalingsstandsningens eller akkordforhandlingens begyndelsestidspunkt eller for en eventuel forlængelse heraf (...). Dokumentationen skulle, jf. brevet, indsendes til styrelsen inden 1 uge.

Da dokumentation hhv. årsrapporter ikke blev modtaget inden for den anførte frist, anmodede styrelsen ved breve af 24. august 2005 Sø- og Handelsretten om at opløse selskaberne (...). I brevene blev gjort opmærksom på, at såfremt selskaberne blev genoptaget efter oversendelse til skifteretten på grund af manglende indsendelse af årsrapport, ville selskabernes øverste ledelse blive pålagt afgift, jf. årsregnskabslovens §§ 150-152.

Ved brev af samme dato blev fremsendt kopi af brevene til skifteretten til selskabernes bestyrelse på selskabernes registrerede adresse. Brevene ses ikke modtaget retur i styrelsen.

Ved brev af 28. august 2005 anmoder A styrelsen om at trække opløsningssagerne tilbage fra skifteretten (...).

Ved brev af 16. september 2005 fastholder styrelsen afgørelserne om at oversende selskaberne til skifteretten (...). Her lægges især til grund, at selskabernes akkordforhandlinger ikke var i henhold til konkursloven, hvorfor der aldrig ville have været grundlag for udsættelse med indsendelsesfristen.

Den 24. oktober 2005 modtog Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anmeldelser om genoptagelse af selskaberne, hvilket blev registreret henholdsvis den 4. november 2005, 27. oktober 2005 og 3. november 2005.

I forbindelse med genoptagelserne blev hvert medlem af selskabernes bestyrelse, som oplyst i brevene af 24. august 2005, pålagt en afgift på kr. 3.000 på grund af for sen modtagelse af årsrapporterne i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Ved breve af 5. december 2005 (...) anmoder klager på vegne af selskabernes ledelse om fritagelse for betaling af de pålagte afgifter. Væsentligste argument var, at det ikke var oplyst overfor selskaberne, at fristforlængelse i forbindelse med akkordforhandlinger forudsatte, at akkordforhandlingerne skulle foregå i henhold til konkursloven.

Ved breve af henholdsvis 16. december 2005 og 6. januar 2006 (...) fastholdt styrelsen de pålagte afgifter, da styrelsen ikke fandt, at selskabernes ledelse havde søgt at fremme indsendelsen, og at forsinkelsen derfor ikke kunne lægges de pågældende til last. I B A/S annullerede styrelsen dog afgift pålagt et bestyrelsesmedlem, der var tiltrådt umiddelbart inden indsendelsen af årsrapporten til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

...”

I klageskrivelsen af 13. januar 2006 har statsautoriseret revisor A anført:

”...

For god ordens skyld gør jeg opmærksom på at min anke ikke går på at selskaberne [B A/S, C ApS og D ApS] i sin tid på grund af procedurefejl blev sendt til tvangsopløsning. Den sag kunne jo ikke ankes og vi har derfor måtte levere fornødent materiale til Skifteretten, således at selskaberne nu har genoptaget driften.

Min anke går altså udelukkende på de afgifter a kr. 3000, som både K1 og K2 er pålagt i hver af de tre selskaber.

Jeg skal ikke her gentage mine tidligere indlæg i sagerne, men blot understrege følgende:

Det fremgår af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens erindringskrivelse, **samt** af styrelsens hjemmeside **både** om Årsrapport **og** Regnskab, at der ikke kan dispenseres for denne indsendelsesfrist, medmindre selskabet er i betalingsstandsning eller akkordforhandling. Ingen af disse tre skriftsteder taler om at akkordforhandling i Skifterettens regi.

Det er naturligt, at lovgiver har givet en særlig mulighed for forlængelse af fristen under akkordforhandlinger, da det oftest er en forudsætning for, at der overhovedet er midler til at færdiggøre regnskaber mv., at der opnås en akkord. Sagsbehandleren i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anfører i de seneste skrivelser, at det udtrykkeligt fremgår af hjemmesiden, at der skal være tale om akkordforhandlinger i henhold til konkursloven.

Dette er en klar forkert beskrivelse af hjemmesidens indhold.

Det anføres i skrivelserne fra sagsbehandleren i Selskabsstyrelsen, at vi burde have været aktive og søgt en dispensation for fristen om indsendelse. Det er almindeligt kendt og telefonisk bekræftet, at Selskabsstyrelsen i juli måned på grund af ferier, ikke oversender tvangsopløsningssager til skifteretten.

Frem til den 1. august 2005 afventede vi som nævnt "dagligt" Økonomistyrelsens accept af vort akkordforslag. Da accepten ikke alligevel ikke kom, underrettede jeg den 1. august 2005 Selskabsstyrelsen. Styrelsens svar, der var mere end 20 dage undervejs eller indeholdt en dateringsfejl, indeholdt en frist på en uge til nærmere, at redegøre for akkordforhandlingerne. Dagen efter styrelsens svar modtog jeg brev om, at selskaberne var sendt til tvangsopløsning.

Der blev altså aldrig givet en reel frist til afklaring af sagen om akkordering, ved f.eks., at flytte akkordforhandlingen til Skifterettens regi.

Jeg skal herefter anmode om at Ankenævnet omgør Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse, således at de pålagte afgifter bortfalder eller nedsættes væsentligt idet

- reglerne om fristforlængelse ved akkordforhandlinger har været klart ufyldstgørende beskrevet i den omtalte erindringskrivelse og på Styrelsens hjemmeside, således at ledelsen har været i god tro med hensyn til fristforlængelse
- selskaberne har i rimelig tid underrettet Selskabsstyrelsen om selskabernes igangværende akkordforhandling. Såfremt styrelsens brev om én uges frist til redegørelse om akkordforhandling var fremkommet straks efter dateringen ville sagen være afklaret.

- det er urimeligt at "straffen" for hvert ledelsesmedlem bliver 3x kr. 3000 blot fordi der er en nødvendig sammenhæng mellem selskabernes sagsbehandling
- selskaberne allerede har været belagt med betydelige omkostninger gennem skifterettens behandling af genoptagelsessagerne.

..."

I redegørelsen af 13. marts 2006 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen yderligere udtalt:

" ...

Sagens retlige omstændigheder

Det fremgår af § 8, stk. 2, 4. punktum i lovbekendtgørelse nr. 196 af 23. marts 2004, årsregnskabsloven (ÅRL), at:

"hvert enkelt medlem af det øverste ledelsesorgan har ansvar for, at årsrapporten indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden for de i loven fastsatte frister."

Videre fremgår det af ÅRL § 138, stk.1, at:

"virksomheder omfattet af regnskabsklasse B, C og D skal uden ugrundet ophold efter godkendelsen indsende den reviderede og godkendte årsrapport til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. § 3, stk. 1, og § 7. Årsrapporten skal være modtaget i styrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning, ..."

I ÅRL § 140 fremgår, at

"For virksomheder, der er under betalingsstandsning efter konkursloven, kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen tillade, at årsrapporten uanset fristen i § 138, stk. 1, 2. pkt., først indsendes, så den modtages i styrelsen senest 1 måned efter betalingsstandsningens ophør. Overskrides denne frist, finder §§ 150-152 tilsvarende anvendelse, idet afgiften beregnes fra 1 måned efter betalingsstandsningens ophør.

Stk. 2. Overgår virksomheden til konkurs, gælder bestemmelserne i § 141.

Stk. 3. For virksomheder, for hvilke der er indledt akkordforhandlinger i henhold til konkursloven, finder stk. 1 og 2 tilsvarende anvendelse. Årsrapporten skal indsendes, så den er modtaget i styrelsen senest 1 måned efter akkordens stadfæstelse."

ÅRL § 150, stk. 1, 1. pkt., bestemmer, at:

"Er årsrapport eller undtagelseserklæring ikke modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, når fristen i § 138, stk. 1, 2. pkt., er udløbet, sender styrelsen et brev med påkrav til virksomhedens ledelse på virksomhedens

adresse med anmodning om at indsende virksomhedens årsrapport eller undtagelseserklæring.”

Videre fremgår af ÅRL § 150, stk. 2, at:

”I påkravsbrevet angives en frist på 8 hverdage fra brevetts datering til indsendelse af årsrapport. Modtages årsrapporten eller undtagelseserklæringen i styrelsen inden udløbet af denne frist, foretager styrelsen ikke yderligere som følge af forsinkelsen.”

Såfremt årsrapporten modtages i styrelsen senere end den frist, der gives i påkravsbrevet, fremgår det af ÅRL § 151, stk. 1-3, at:

”Modtages årsrapporten eller undtagelseserklæringen efter udløbet af fristen på 8 hverdage fra påkravsbrevets datering, jf. § 150, stk. 2, pålægger Erhvervs- og Selskabsstyrelsen hvert medlem af virksomhedens øverste ansvarlige ledelse henholdsvis hver filialbestyrer en afgift. Stk. 2. Afgiften beregnes fra udløbet af fristen i § 138, stk. 1, 2. pkt. Stk. 3. Afgiften udgør 500 kr. pr. ledelsesmedlem henholdsvis filialbestyrer for 1. påbegyndte måned, i alt 2.000 kr. for 2. påbegyndte måned og i alt 3.000 kr. for 3. påbegyndte måned. Afgiften kan højst udgøre 3.000 kr. pr. ledelsesmedlem henholdsvis filialbestyrer.”

Endelig fremgår det af ÅRL § 152, at:

”Under ganske særlige omstændigheder kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen helt eller delvis fritage et ledelsesmedlem eller en filialbestyrer for betaling af afgift efter § 151, hvis den pågældende kan godtgøre over for styrelsen, at han eller hun har søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges ham eller hende til last.”

Stk. 2. Det fritager ikke i sig selv det enkelte ledelsesmedlem for ansvar, at det ansvarspådragende forhold er begået af virksomhedens ansatte, rådgivere eller lignende.”

Af bemærkningerne til ÅRL § 152, fremgår en række tilfælde, der i sig selv ikke berettiger til fritagelse for afgift. Disse er (jf. lovforslag L 138 FT 2000/01) eksempelvis situationer, hvor:

”at ledelsesmedlemmet ikke har fået kendskab til påkravsbrevet inden udløbet af påkravsfristen i lovforslagets § 150, stk. 2, på grund af virksomhedens eller ledelsesmedlemmets egne forhold (f.eks. på grund af ferie) (...) eller at forsinkelsen skyldes fejl begået af virksomhedens ansatte eller rådgivere (...)”

Det fremgår endvidere af bemærkningerne, at fritagelsesmuligheden tænkes anvendt på, hvad der kan betegnes som ”ganske upåregnelige forhold”. Derudover er fritagelsesmuligheden generelt betinget af, at forholdet kan dokumenteres overfor styrelsen.

Klagers oplysninger

...

Styrelsens bemærkninger

Angående klagers påstand om, at reglerne om fristforlængelse ved akkordforhandlinger har været klart ufyldstgørende beskrevet i den omtalte erindringskrivelse og på Styrelsens hjemmeside, skal styrelsen anføre:

- 1) Erindringsbrevet af 19. april 2005 (...) er en påmindelse til selskabet om, at det snart er tid til at indsende årsrapport. Af brevet fremgår, at ”Indsendelse af årsrapporter er et lovkrav, som der ikke kan **dispenser**es [min fremhævning] for, medmindre skabet er i betalingsstandsning eller akkordforhandling”. Der er ikke tale om detaljeret gennemgang af lovens indsendelsesbestemmelser. I stedet henvises til styrelsens hjemmeside, hvor der kan læses mere om reglerne for indsendelse, hvor det udtrykkeligt fremgår, at der skal være tale om akkordforhandlinger i henhold til konkursloven, jf. nedenfor.

Alene brugen af ordet ”dispenser

- 2) I styrelsens påkravsbrev af 10. juni 2006 (...) fremgår direkte, at ”Er selskabet under betalingsstandsning eller akkordforhandling efter konkursloven, bedes De straks kontakte styrelsen”.

På trods heraf kontakter selskabets revisor først styrelsen ved brev af 1. august 2005, hvilket er efter tidspunktet for, hvornår selskabet ville kunne oversendes til tvangsopløsning.

- 3) Klager har vedlagt en udskrift af styrelsens hjemmeside ”Regnskab” og ”Årsrapport”, som dokumentation for, at det ikke direkte fremgår af styrelsens hjemmeside, at fristforlængelse forudsætter, at selskabet er under akkordforhandling efter konkursloven.

Angående ”Regnskab” skal det oplyses, at denne side nederst indeholder forskellige links, herunder ”Se alle spørgsmål til indsendelse/afgift”. Under dette link (...) fremgår følgende spørgsmål/svar:

”Kan der gives dispensation fra indsendelsesfristerne for årsrapporterne?”

Nej, bortset fra virksomheder der er under betalingsstandsning efter konkursloven og virksomheder, for hvilke der er indledt akkordforhandlinger i hht. konkursloven. E&S kan således tillade, at årsrapporten i disse tilfælde først modtages i styrelsen senest en måned efter betalingsstandsningens ophør/ akkordens stadfæstelse. Dette kræver, at der indsendes dokumentation fra skifteretten, hvor det fremgår, hvornår fristen for betalingsstandsningen/akkorden udløber.”

Angående ”Årsrapport” skal det oplyses, at denne side bl.a. indeholder et link til vejledninger. Under vejledninger er et link til ”Hvornår skal årsrapport eller undtagelseserklæring være modtaget i E&S, hvor bl.a. følgende fremgår (...):

”Der kan ikke gives udsættelse med indsendelsen undtagen i følgende tilfælde:

1. For virksomheder, der er under *betalingsstandsning efter konkursloven*, kan E&S give udsættelse, så årsrapporten først skal være modtaget senest 1 måned efter betalingsstandsningens ophør. Se årsregnskabslovens § 140, stk. 1.

Virksomheden skal i så fald indsende skriftlig anmodning herom til E&S. Der skal vedlægges dokumentation fra skifteretten for betalingsstandsningen.

2. For virksomheder, for hvilke der er indledt *akkordforhandlinger i henhold til konkursloven*, kan E&S give udsættelse, så årsrapporten først skal være modtaget senest 1 måned efter akkordens stadfæstelse. Se årsregnskabslovens § 140, stk. 3.

Virksomheden skal i så fald indsende skriftlig anmodning herom til E&S. Der skal vedlægges dokumentation fra skifteretten for akkordforhandlingerne.”

Det er styrelsens opfattelse, at det er vanskeligt ikke at blive opmærksom på, at fristforlængelse forudsætter, at en akkordforhandling skal være efter konkursloven.

- 4) Styrelsen skal endelig anføre, at det fremgår direkte af ÅRL, at fristforlængelse forudsætter, at akkordforhandlinger sker i henhold til konkursloven.

Ledelsen burde kende denne bestemmelse eller have gjort sig bekendt med bestemmelsen, da denne er ansvarlig for at udarbejde og indsende årsrapporten i henhold til reglerne i ÅRL.

Endvidere må man forudsætte, at en statsautoriseret revisor kender ÅRL. Det forekommer derfor uforståeligt, at selskabets revisor, statsautoriseret revisor E, ikke har oplyst selskabets ledelse om ÅRLs regler.

Herudover synes klager, statsautoriseret revisor A, at have ydet rådgivning til selskabet i forbindelse med den frivillige akkord. Heller ikke denne har oplyst selskabets ledelse om ÅRLs regler.

Vedrørende klagers påstand om, at selskabet i rimelig tid har underrettet styrelsen om akkordforhandlingerne skal styrelsen anføre, at klager, statsautoriseret revisor A, kontakter styrelsen ved brev af 1. august 2005 (...), hvilket er mere end 3 uger efter, at styrelsen har oplyst, at selskabet ville kunne sendes til tvangsopløsning (...).

Med hensyn til klagers påstand om, at det er en urimelig "straf" m.v. skal styrelsen anføre, at en afgift er en personlig afgift, der er selskabet uvedkommende. Det kan således ikke lægges til grund, at afgifterne yderligere vil belaste selskaberne. I givet fald ville der være tale om lån i strid med selskabslovene.

Styrelsens konklusion

Det fremgår af ÅRL § 152, at

"Under ganske særlige omstændigheder kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen helt eller delvis fritage et ledelsesmedlem eller en filialbestyrer for betaling af afgift efter § 151, hvis den pågældende kan godtgøre over for styrelsen, at han eller hun har søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges ham eller hende til last."

Stk. 2. Det fritager ikke i sig selv det enkelte ledelsesmedlem for ansvar, at det ansvarspådragende forhold er begået af virksomhedens ansatte, rådgivere eller lignende."

Klager har ikke godtgjort, at der foreligger ganske særlige omstændigheder, herunder at der foreligger "ganske upåregnelige forhold", jf. lovbemærkningerne, eller at selskabets ledelse har søgt at fremme indsendelsen af årsrapporten, og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges dem til last.

Den fejlagtige eller manglende rådgivning omkring indsendelsesfristerne fra selskabets statsautoriserede revisor og selskabets rådgiver, statsautoriseret revisor A, ændrer ikke på dette forhold. Ledelsen blev allerede ved brev af 21. april 2005 gjort opmærksom på, at der kunne være særlige regler for selskaber i betalingsstandsning eller i akkordforhandlinger. Den havde derfor alle muligheder for at sætte sig ind i disse regler. Endelig fremgår det direkte af ÅRL, at fristforlængelse som følge af akkordforhandlinger forudsætter, at disse sker i henhold til konkursloven.

..."

I skrivelse af 24. april 2006 har statsautoriseret revisor A yderligere anført:

"...

Jeg skal indledningsvis under henvisning til Styrelsens bemærkning ... oplyse at vi udemærket er klar over, at der – såfremt Styrelsen får medhold – er tale om en personlig afgift. Sålænge denne afgift ikke er endelig afregnet finder vi det utilstedeligt, at Styrelsen foruddiskonterer en overtrædelse af selskabslovens bestemmelser om ulovlige aktionærlån. Når jeg i korrespondancen med Styrelsen om udgifter ved oversendelse af selskaberne til tvangsopløsning og om pålæggelse af afgifter til bestyrelsen betragter sanktionerne, som en samlet "straf", er

det fordi det føles således, i og med, at der naturligt er en interessefællesskab mellem selskaberne og bestyrelserne.

Til Styrelsens redegørelse af 13. marts 2006 skal i øvrigt bemærkes:

Vi fastholder, at der foreligger sådanne særlige omstændigheder, at afgifterne helt må bordfalde, eventuelt nedsættes til et minimum.

- For det første er vejledningerne på Styrelsens hjemmeside på væsentlige områder klart mangelfulde i beskrivelserne af, hvorledes der skal forholdes, i tilfælde af at selskaber er under akkordforhandling. Det er ubestrideligt, at det andre steder af hjemmesiden og i lovgivningen fremgår at akkordforhandlingerne skal foregå i henhold til konkursloven. Men ved 2 væsentlige indgange til hjemmesiden nemlig, Regnskab og Årsrapport, samt ved den første erindringskrivelse fremgår det **ikke** at akkordforhandlingerne skal være i henhold til konkursloven. Styrelsen kunne ved de pågældende links blot have tilføjet ”i henhold til konkursloven” eller ”i Skifterettens regi”. Det må kunne forventes, at de overordnede vejledninger er retvisende og fyldestgørende, når dette kan ske ved blot at tilføje yderligere 3-4 ord. Det kan ikke være meningen, at man skal gennemlæse større dele af lovgivningen for at undersøge om der er overensstemmelse til de overordnede vejledninger på hjemmesiden.
- For det andet har det overordnet fra lovgivernes side været intentionen, at et selskab der er kommet i den vanskelige situation, som en akkordforhandling er, skal have en mulighed for at få en fristforlængelse, idet akkordforhandlingernes resultat ofte er afgørende for om der overhovedet kan skaffes midler til at afslutte og reviderer årsrapporten, eller om selskabet må likvideres. Årsagen til, at konkursloven og domstolene indrages må være af underordnet betydning, idet lovgiver blot har ønsket, at der skulle være et ordentligt tilsyn med sagen. I det aktuelle tilfælde var der kun en kreditor, at føre forhandling med, nemlig Økonomistyrelsen under Økonomi- og Erhvervsministeriet, og man kan vel ikke tænke sig en mere seriøs (om end langsommelig) forhandlingspartner. Akkordforhandlingerne blev i øvrigt indledt på opfordring af Økonomistyrelsen. Akkordforhandlingerne lykkedes til sidst.
- For det tredje har vi i august haft telefonisk kontakt med E&S-Styrelsen, mens vi afventede svar fra Økonomistyrelsen. E&S-Styrelsen oplyste, at ingen selskaber ville blive sendt til tvangsopløsning i juli måned på grund af ferier. Dette er ubestridt af E&S Styrelsen. Svaret på vort brev af 3. august 2006 – der giver os en frist på en uge til, at redegøre for akkorden – fremkommer først, dagen før meddelelsen om at selskaberne er sendt til tvangsopløsning. Den givne frist var altså ikke reel. E&S-Styrelsen har aldrig forholdt sig til, hvorfor svaret var omkring 20 dage undervejs.

Bestyrelsesmedlemmerne har på en hver måde arbejdet på, at få gennemført den akkord der skulle muliggøre en færdiggørelse og indsendelse af årsrapporterne. En offentlig myndighed – Økonomistyrelsen – har været så langsommelig, at akkordforhandlingerne ikke kunne afsluttes inden fristen for indsendelse af årsrapporterne. Der har ved henvendelser til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen været modtaget misvisende og tvetydige oplysninger om forholdsreglerne i det aktuelle tilfælde, der har medvirket til at bringe bestyrelsen i god tro med hensyn til frister for indsendelse af årsrapporterne.

...”

Ved skrivelse af 2. maj 2006 har statsautoriseret revisor A supplerende bemærket:

”Jeg har studeret Erhvervs- og Selskabsstyrelsens hjemmeside og ønsker at supplere min skrivelse af 24.04.2006 med følgende bemærkninger.

Under hjemmesidens spørgsmål og svar/Indsendelsesafgift/Konkurs stilles spørgsmålet: ”Får man en afgift, når selskabet går konkurs, bliver opløst mv.?” Svar: ”Nej”.

Som tidligere nævnt var den eneste årsag til at årsrapporterne ikke blev indgivet rettidigt, at Økonomistyrelsen ikke kunne beslutte sig i tide til at tiltræde akkordforslag, som anbefalet af Styrelsens egen advokat og accepteret af det overliggende moderselskab B Holding A/S ...

Såfremt det ikke var lykkedes, at opnå den omtalte akkord var der ikke kommet midler til selskaberne til at afslutte regnskaber og betale for revision, og selskaberne ville som følge heraf være blevet opløst. I den situation ville bestyrelsesmedlemmerne ikke være blevet pålagt afgift.

Efter at bestyrelsesmedlemmerne havde holdt flere møder med Økonomistyrelsens advokat F, og foranlediget, at undertegnede adskillige gange rykkede Styrelsens advokat for en afgørelse, accepterede Økonomistyrelsen, ved brev dateret den 12. oktober 2006, forligstilbuddet. Herefter blev regnskaberne færdiggjort og endeligt revideret og efter generalforsamling den 21. oktober 2005 straks overbragt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen med anmodning om genoptagelse.

Som det fremgår af sagen og her understreget, har bestyrelsen været endog særdeles aktiv i bestræbelserne for at få gennemført en akkordordning med Økonomistyrelsen og dermed få regnskaber mv. fremsendt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Det er Økonomistyrelsen der har udvist passivitet i denne sag.

Bestyrelsen kunne have valgt at lade selskaberne opløse og dermed undgået afgifterne. Bestyrelsen valgte at søge en ordning mod fortsat drift, ved at lade Holdingselskabet betale forligsbeløbet på kr. 150.000.

Et beløb som Holdingselskabet ikke hæftede for. Det virker helt urimeligt, at bestyrelsen af Økonomiministeriet skal pålægges en afgift for en forsinkelse, som en anden Styrelse under Økonomiministeriet er årsag til.

På denne baggrund mener vi, at der foreligger sådanne omstændigheder, der kan fritage for afgift i henhold til ÅRL § 152.

...”

I skrivelse af 7. juni 2006 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen yderligere anført:

”...

Styrelsen skal ... - vedrørende klagers bemærkning om lovgivers intentioner angående selskaber, der er kommet i en vanskelig situation - bemærke, at lovgiver netop har taget stilling til dette spørgsmål og betingelserne herfor. Disse regler fremgår således direkte af årsregnskabslovens §§ 140-142.

Af § 142 fremgår således, at

”Andre bestræbelser for at rekonstruere en virksomhed end de i §§ 140 og 141 nævnte fritager ikke virksomheden for pligten til at indsende årsrapport inden udløbet af fristen i § 138, stk. 1.”

Der er således specifikt taget stilling til, at udsættelse med indsendelse af årsrapporten kun gælder, hvor selskabet er under betalingsstandsning efter konkursloven, har indledt akkordforhandlinger i henhold til konkursloven samt ved genoptagelse af virksomheder, der har været under konkursbehandling. Alle andre forsøg på rekonstruktion kan ikke give udsættelse, jf. årsregnskabslovens § 142.

Styrelsen skal endelig bemærke, at ved afgørelse af, om betingelserne for afgiftsfritagelse i årsregnskabslovens § 152 er opfyldt, er det uden betydning, hvem selskabet har ført drøftelser om rekonstruktion med.”

Hertil har statsautoriseret revisor A ved skrivelse af 9. juli 2006 bemærket:

”Overfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens sidste indlæg i denne sag skal her opsummeres:

- Loven giver mulighed for at undlade, at pålægge afgift, når særlige omstændigheder foreligger. Eksempler anført af E&S dækker ikke den foreliggende situation. Dette udelukker ikke i sig selv at den særlige omstændighed foreligger.
- Det er ikke bestyrelsen, der er årsag til at årsrapporterne ikke kunne indsendes rettidigt. Bestyrelsesmedlemmerne havde i god tid gjort hvad de skulle for at opnå en ordening med Økonomistyrelsen. En ordening der var nødvendig for at fremskaffe midler til færdiggørelse

af Årsrapporterne. Det var Økonomiministeriet repræsenteret ved Økonomistyrelsen der trak sagen i langdrag.

- Såfremt, der ikke var opnået en ordning med Økonomistyrelsen var selskaberne blevet sendt til tvangsopløsning, uden dette havde medført afgifter til bestyrelsen.
- Det må virke umiddelbart urimeligt, at fordi bestyrelsen vil redde selskaberne fra tvangsopløsning, og ”operationen” lykkes på trods af Økonomistyrelsens langsommelighed stilles bestyrelsen ringere end hvis bestyrelsen blot havde ladet stå til.

...”

Ankenævnet udtaler:

Af årsregnskabslovens § 140, stk. 3, følger det, at for virksomheder, for hvilke der er indledt akkordforhandlinger i henhold til konkursloven, kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen tillade, at årsrapporten uanset fristen i § 138, stk. 1, 2. pkt., først indsendes, så den modtages i styrelsen senest 1 måned efter akkordforhandlingernes ophør. Andre bestræbelser for at rekonstruere en virksomhed end akkordforhandlinger i henhold til konkursloven, betalingsstandsning efter konkursloven samt konkursbehandling fritager ikke virksomheden for pligten til at indsende årsrapport inden udløbet af fristen i § 138, stk. 1, jf. § 142.

Da selskabernes akkordforhandlinger ikke er foretaget i henhold til konkursloven, og der i øvrigt ikke er anført sådan ganske særlige omstændigheder, som kan begrunde hel eller delvis fritagelse for betaling af pålagte afgifter, tiltræder ankenævnet Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelser af 16. december 2005 og 6. januar 2006.

28) Kendelse af 12. december 2006 (J.nr. 2006-0007186).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Lars Holtug, Kirsten Aaskov Mikkelsen og Jan Uffe Rasmussen).

Ved skrivelse af 10. juli 2006 har K1 på egne vegne og på vegne K2 og K3 klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 7. juli 2006 har pålagt de

pågældende som medlemmer af direktionen i A ApS afgifter for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport for perioden 16. marts – 31. december 2005.

Sagens omstændigheder:

A ApS A/S har kalenderåret som regnskabsperiode. Da selskabets årsrapport for første regnskabsår - perioden 16. marts til 31. december 2005 - ikke var modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden den i årsregnskabslovens § 138, stk. 1, 2. pkt., fastsatte frist på 5 måneder efter regnskabsårets udløb, sendte styrelsen i henhold til lovens § 150 den 20. juni 2006 en skrivelse til selskabets direktion på selskabets registrerede adresse med påkrav om at modtage årsrapporten senest den 30. juni 2006. Styrelsen meddelte samtidig, at såfremt årsrapporten blev modtaget senere, ville hvert medlem af selskabet øverste ledelse blive pålagt en afgift for overskridelse af indsendelsesfristen, jf. årsregnskabslovens §§ 150-152. Styrelsen meddelte endvidere, at såfremt årsrapporten ikke blev modtaget senest den 18. juli 2006, ville styrelsen uden yderligere varsel anmode skifteretten om at tvangsopløse selskabet, jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 3. Den 5. juli 2006 modtog styrelsen årsrapporten, og ved skrivelser af 7. juli 2006 pålagde styrelsen under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, de tre medlemmer af direktionen hver en afgift på 2.000 kr.

I klageskrivelsen af 10. juli 2006 har K1 anført:

” ...

Undertegnede modtog årsrapport m.v. fra selskabets revisor med posten den 28.6.2006. Alt blev underskrevet samme dag, og om eftermiddagen den 28.6.2006 blev selvangivelse (såvel for selskabet som vore personlige) afleveret personligt til ToldSkat på X-vej i Y-by, mens brevet til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen blev lagt i postkassen ved Y-by Posthus ved cirka 16-tiden samme dag.

Jeg regnede selvsagt med, at postvæsenet ville drage omsorg for, at brevet kom adressaten i hænde dagen efter - eller i hvert fald under alle omstændigheder senest 30.6.2006.

Jeg har ikke underretninger om forstyrrelser i postleverancer i den pågældende periode.

Kan man med rette bebrejde os for, at man i Styrelsen først betragter post som modtaget flere dage efter, at forsendelsen reelt er ankommet?

For at undgå yderligere komplikationer har vi nu efter konsultation med medarbejder i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen betalt de 3 x 2.000 kroner, som vi imidlertid forventer at få tilbagebetalt med tillæg af renter fra 21.7.2006 til indgået på selskabets konto i B Bank, ... ”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 20. september 2006 udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder

Det fremgår af § 8, stk. 2, 4. punktum i lovbekendtgørelse nr. 196 af 23. marts 2004, årsregnskabsloven (ÅRL), at:

”hvert enkelt medlem af det øverste ledelsesorgan har ansvar for, at årsrapporten indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden for de i loven fastsatte frister.”

Videre fremgår det af ÅRL § 138, stk.1, at:

”virksomheder omfattet af regnskabsklasse B, C og D skal uden ugrundet ophold efter godkendelsen indsende den reviderede og godkendte årsrapport til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. § 3, stk. 1, og § 7. Årsrapporten skal være modtaget i styrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning, ...”

ÅRL § 150, stk. 1, 1. pkt., bestemmer, at:

”Er årsrapport eller undtagelseserklæring ikke modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, når fristen i § 138, stk. 1, 2. pkt., er udløbet, sender styrelsen et brev med påkrav til virksomhedens ledelse på virksomhedens adresse med anmodning om at indsende virksomhedens årsrapport eller undtagelseserklæring.”

Videre fremgår af ÅRL § 150, stk. 2, at:

”I påkravsbrevet angives en frist på 8 hverdage fra brevetts datering til indsendelse af årsrapport. Modtages årsrapporten eller undtagelseserklæringen i styrelsen inden udløbet af denne frist, foretager styrelsen ikke yderligere som følge af forsinkelsen.”

Såfremt årsrapporten modtages i styrelsen senere end den frist, der gives i påkravsbrevet, fremgår det af ÅRL § 151, stk. 1-3, at:

*”Modtages årsrapporten eller undtagelseserklæringen efter udløbet af fristen på 8 hverdage fra påkravsbrevets datering, jf. § 150, stk. 2, pålægger Erhvervs- og Selskabsstyrelsen hvert medlem af virksomhedens øverste ansvarlige ledelse henholdsvis hver filialbestyrer en afgift.
Stk. 2. Afgiften beregnes fra udløbet af fristen i § 138, stk. 1, 2. pkt.
Stk. 3. Afgiften udgør 500 kr. pr. ledelsesmedlem henholdsvis filialbestyrer for 1. påbegyndte måned, i alt 2.000 kr. for 2. påbegyndte*

måned og i alt 3.000 kr. for 3. påbegyndte måned. Afgiften kan højst udgøre 3.000 kr. pr. ledelsesmedlem henholdsvis filialbestyrer.”

Endelig fremgår det af ÅRL § 152, at:

”Under ganske særlige omstændigheder kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen helt eller delvis fritage et ledelsesmedlem eller en filialbestyrer for betaling af afgift efter § 151, hvis den pågældende kan godtgøre over for styrelsen, at han eller hun har søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges ham eller hende til last.”

Stk. 2. Det fritager ikke i sig selv det enkelte ledelsesmedlem for ansvar, at det ansvarspådragende forhold er begået af virksomhedens ansatte, rådgivere eller lignende.”

Af bemærkningerne til ÅRL § 152, fremgår en række tilfælde, der i sig selv ikke berettiger til fritagelse for afgift. Disse er (jf. lovforslag L 138 FT 2000/01) eksempelvis situationer, hvor:

”Som eksempler på forhold, som ikke i sig selv fritager et ledelsesmedlem for afgift, kan nævnes følgende: at ledelsesmedlemmet ikke har fået kendskab til påkravsbrevet inden udløbet af påkravsfristen i lovforslagets § 150, stk. 2, på grund af virksomhedens eller ledelsesmedlemmets egne forhold (f.eks. på grund af ferie), at årsrapporten er blevet forsinket ved fremsendelse med posten (medmindre der kan fremlægges dokumentation fra postvæsenet for, at forsinkelsen skyldes postvæsenets fejl, f.eks. poststrejke) [styrelsens fremhævelse] (...)”

Det fremgår endvidere af bemærkningerne, at fritagelsesmuligheden tænkes anvendt på, hvad der kan betegnes som ”ganske upåregnelige forhold”. Derudover er fritagelsesmuligheden generelt betinget af, at forholdet kan dokumenteres overfor styrelsen.

...

Styrelsens bemærkninger

Styrelsen skal indledningsvis bemærke, at klager, forud for klagen til Erhvervsankenævnet, ikke har anmodet styrelsen om at tage stilling til, hvorvidt ÅRL § 152 finder anvendelse på det konkrete forhold.

Styrelsen har foretaget en gennemgang af sagen og har i den forbindelse konstateret, at selskabets årsrapport og følgebrev ... begge er modtagestemplet den 5. juli 2006.

Styrelsen har ikke fundet anledning til at tilsidesætte rigtigheden af modtagelsen, hvorfor det må lægges til grund, at årsrapporten for 2005 først er modtaget i styrelsen den 5. juli 2006.

Styrelsen skal i øvrigt bemærke, at årsrapporten ifølge følgebrevet ... er adresseret til:

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen
Postboks 94

2740 Ballerup

Den korrekte adresse er:

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen
Postboks 94
2740 Skovlunde

Forsinkelsen hos postvæsenet kan således skyldes den fejlagtige adressering af følgebrevet.

Det følger af bemærkningerne til § 152, stk. 1, at upåregnelige forhold skal dokumenteres overfor styrelsen. Dette ses ikke godtgjort i den konkrete sag, hvorfor styrelsen ikke finder, at der er tilstrækkeligt grundlag for at fritage de enkelte ledelsesmedlemmer for betaling af afgift, jf. ÅRL § 152, stk. 1.

Styrelsens konklusion

Klager har ikke godtgjort, at den sene modtagelse af årsrapporten i styrelsen skyldes postvæsenets fejl, ligesom det ikke i øvrigt findes godtgjort, at forsinkelsen af årsrapporten i ovennævnte selskab skyldes ”ganske upåregnelige forhold”.

...”

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Erhvervsankenævnet lægger til grund, at selskabet modtog årsrapporten fra revisor med posten den 28. juni 2006, at årsrapporten samme dag i underskreven stand blev overgivet til postbesørgelse, og at den modtoges i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 5. juli 2006.

Af de specielle bemærkninger til årsregnskabslovens § 152 (lovforslag L 138/2000-01) fremgår blandt andet:

”Det foreslås, at retstilstanden efter den gældende årsregnskabslovs § 62, stk. 7, 2. pkt., videreføres således, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvor der foreligger særlige omstændigheder, kan fritage det enkelte ledelsesmedlem eller filialbestyrer helt eller delvist for betaling af afgift efter § 151. Det er dog en forudsætning, at den pågældende konkret kan dokumentere over for styrelsen, at han eller hun har søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges den pågældende til last.

...

Som eksempler på forhold, som *ikke* i sig selv fritager et ledelsesmedlem for afgift, kan nævnes følgende: ..., *at* årsrapporten er blevet forsinket ved fremsendelse med posten (medmindre der kan fremlægges dokumentation fra postvæsnet for, at forsinkelsen skyldes postvæsnets fejl, f.eks. poststrejke), ..., *at* revisor ikke har kunnet nå at revidere regnskabet, eller *at* forsinkelsen skyldes fejl begået af virksomhedens ansatte eller rådgivere som f.eks. virksomhedens revisor eller advokat, idet sidstnævnte forhold er et anliggende imellem ledelsesmedlemmerne og de pågældende ansatte eller rådgivere.
...”

Henset hertil, og da det er udokumenteret, at forsinkelsen skyldes fejl hos postvæsnet foreligger der efter ankenævnets formening ikke sådanne særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152 kan danne grundlag for hel eller delvis eftergivelse af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af årsrapporter, og ankenævnet tiltræder derfor de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 7. juli 2006 pålagte afgifter.

4.11. BOGFØRINGSLOV

29) Kendelse af 19. juni 2006 (J.nr. 2005-0003623).

Dispensation til opbevaring af regnskabsmateriale i Tyskland.

Bogføringslovens § 12, stk. 4.

(Mads Bryde Andersen, Poul Østergaard Mortensen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 27. september 2005 har advokat A på vegne af K ApS klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 19. september 2005 nægtede at give selskabet dispensation til at opbevare dele af regnskabsmaterialet i Tyskland.

Sagens omstændigheder:

I en over sagen af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse af 27. oktober 2005 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

” ...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen modtog den 13. februar 2004 brev fra K ApS, hvori de anmodede om dispensation i henhold til bogføringslovens § 12, stk. 4, til at opbevare dele af selskabets regnskabsmateriale i Tyskland.

I brevet blev det oplyst, at selskabets edb systemer (SAP R3) fysisk er placeret på en server i Tyskland ligesom samtlige databaser og sikkerhedsprocedurer inkl. sikkerhedskopiering er placeret i Tyskland. Bilagsmateriale, herunder finansbilag mv. opbevares fysisk i Danmark.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anmodede ved brev af 26. februar 2004 henholdsvis Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet og Told- og Skattestyrelsen om en udtalelse i sagen.

Ved brev af 1. marts 2004 meddelte Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet:

”Det må antages, at en dispensation kan have betydning for efterforskningsmulighederne for dansk politi. Dette skyldes, at statsadvokaturen fra de tyske myndigheder har fået oplyst, at Tyskland ikke tillader terminalefterforskning på baggrund af en dansk retskendelse. Dette betyder, at de almindelige regler for international retshjælp skal følges, dvs. at der skal sendes en retsanmodning til Tyskland, der derefter vil tage stilling til, om retsskridtet kan foretages efter tysk ret.”

Det fremgik endvidere, at Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet ikke var bekendt med konkrete og væsentlige hensyn for det konkrete selskab, der talte imod en dispensation.

Ved brev af 2. marts 2004 meddelte Told- og Skattestyrelsen, at der ikke var konkrete og væsentlige hindringer i skattemyndighedernes mulighed for at kunne få regnskabsmateriale m.v. udleveret fra Tyskland, og at der ikke var konkrete og væsentlige hensyn, der talte imod en dispensation for det pågældende selskab.

På grundlag af udtalelsen for Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet traf Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved brev af 23. marts 2004 afgørelse om, at forudsætningerne for en dispensation i henhold til bogføringslovens § 12, stk. 4 ikke var til stede og at styrelsen derfor ikke kunne give K ApS dispensation efter bogføringslovens § 12 stk. 4 til at opbevare regnskabsmaterialet delvis i Tyskland.

Advokat A fremsendte på baggrund af styrelsens afgørelse af 23. marts 2004 den 14. juli 2004 et brev til styrelsen, hvori styrelsen blev anmodet om at revurderer den truffne afgørelse.

I brevet af 14. juli 2004 blev det præciseret at det fysiske bilagsmateriale opbevares på selskabets adresse i overensstemmelse med bogføringslovens regler og at det udelukkende er serveren, der befinder sig i Tyskland. Der kan dog på selskabets adresse i Danmark foretages en udskrivning af det regnskabsmateriale, der befinder sig på serveren i Tyskland. Endvidere er det advokat As opfattelse, at bogføringslovens § 12 stk. 2 ikke stiller direkte krav om, at terminalefterforskning skal kunne foretages på grundlag af en dansk retskendelse, ligesom der ikke er et holdepunkt herfor i forarbejderne.

Afgørelsen af 23. marts 2004 er ifølge advokat A derfor truffet på baggrund af et skøn vedrørende betydningen af efterforskningsmulighederne for dansk politi, uden at det er undersøgt om der foreligger en reel begrænsning af politiets efterforskningsmuligheder.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anmodede ved brev af 16. august 2005 henholdsvis Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet og Told- og Skattestyrelsen om en fornyet udtalelse i sagen på baggrund af de modtagne oplysninger fra advokat A i brev af 14. juli 2004.

Told- og Skattestyrelsen henviste i brevet af 23. august 2005 til deres tidligere brev af 2. marts 2004. Endvidere oplyste de, at udveksling af oplysninger er reguleret i dobbeltbeskatningsoverenskomsten imellem Danmark og Tyskland, men at bistandsaftalen alene omhandler konkrete skattesager og derfor ikke kan benyttes ved politimæssig efterforskning.

Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet oplyste i deres brev af 14. september 2005 at de har forstået selskabets nye ansøgning således, at det alene er det fysiske regnskabsmateriale, der opbevares i Danmark, hvorimod registreringer, herunder transaktionssporet

opbevares på en server i Tyskland og henviser i øvrigt til deres tidligere udtalelse i brev af 1. marts 2004.

...”

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 19. september 2005 hedder det blandt andet:

” På grundlag af de indhentede høringssvar af 14. september 2005 og 23. august 2005 fastholder styrelsen den tidligere truffne afgørelse, som meddelt K ApS i styrelsens brev af 23. marts 2004 om, at styrelsen ikke kan give selskabet dispensation til at opbevare regnskabsmaterialet i Tyskland.

Begrundelsen herfor er, at en del af regnskabsmaterialet befinder sig på en server i Tyskland, hvorefter en dispensation kan have betydning for efterforskningsmulighederne for dansk politi. Der henvises i øvrigt til styrelsens tidligere brev af 23. marts 2004. Forudsætningerne for en dispensation er dermed ikke til stede.”

I klageskrivelsen af 27. september 2005 har advokat A på vegne af K ApS anført:

” ...

Af forarbejderne til bogføringslovens § 12 fremgår, at kravet om at regnskabsmaterialet skal opbevares i Danmark ikke betyder, at bogføringen skal ske i Danmark, hvis blot den bogføringspligtige overholder opbevaringskravet til regnskabsmaterialet. Herudover fremgår det, at bestemmelsen i bogføringslovens § 12, stk. 2, blev tilføjet for at lette virksomhedernes mulighed for at få foretaget bogføring i udlandet, f.eks. hos et udenlandsk moderselskab i forbindelse med udlicitering af bogføringsaktiviteter eller ved lignende hensigtsmæssige og naturlige foranstaltninger.

Efter min opfattelse er det af afgørende betydning for en dispensation, at Selskabet selv foretager bogføringen, at samtlige regnskabsbilag opbevares i Danmark i overensstemmelse med bogføringslovens regler, og at der fra Selskabets adresse uden bearbejdning, beregninger eller tilpasninger kan foretages en udskrivning i klarskrift af det regnskabsmateriale, der opbevares på serveren i Tyskland.

Sammenholdes Selskabets forhold med de faktiske forhold, som Erhvervsankenævnet tog stilling til ved kendelse af 2. november 2001 (2001.01-88.750), er der afgørende forskelle. I den da foreliggende sag forelå der ikke on-line adgang til selskabets bogføring, og regnskabsbilagene blev opbevaret i Tyskland.

På denne baggrund er det min opfattelse, at hensynet til de fiskale myndigheders og politiets efterforskningsmuligheder er varetaget på betryggende vis ved det it-system og de sagsgange, som Selskabet og dets koncern har implementeret. De faktiske forhold sammenholdt med

Told- og Skattestyrelsens oplysning om, at der ikke er konkrete og væsentlige hindringer i skattemyndighedernes muligheder for at få regnskabsmateriale udleveret fra Tyskland bør føre til, at der udstedes en dispensation i det foreliggende tilfælde.

Såfremt Erhvervsankenævnet ikke finder grundlag for at udstede en dispensation, skal jeg anmode Erhvervsankenævnet om at hjemvise sagen til fornyet behandling i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen med henblik på at undersøge de tyske, offentlige myndigheders muligheder efter tysk ret til at kræve indsigt i regnskabsmateriale.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 19. september 2005 må forstås således, at den reelle begrundelse for afslaget på dispensation er, at Tyskland ikke tillader terminalefterforskning på baggrund af en dansk retskendelse, hvorfor de tyske myndigheder på baggrund af en retsanmodning skal tage stilling til, om retsskridtet kan foretages efter tysk ret.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har imidlertid ikke undersøgt, om de tyske regler svarer til bogføringslovens § 15 og de bagvedliggende regler om offentlige myndigheders adgang til indsigt i bogføringspligtiges regnskabsmateriale, herunder årsregnskabslovens § 160. Såfremt de tyske regler svarer hertil, bør en dispensation ikke have betydning for efterforskningsmulighederne.

Herudover foreligger der ingen oplysninger om, hvorvidt det er undersøgt, om de fiskale myndigheder og politiet i Tyskland efter indhentet retskendelse kan benytte en direkte terminaladgang i samme omfang som den bogføringspligtige selv.”

I den over sagen indhentede redegørelse af 27. oktober 2005 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om sagens retlige omstændigheder udtalt:

” ...

I henhold til bogføringslovens § 12, stk. 1, skal regnskabsmateriale opbevares her i landet, jf. dog bestemmelsens stk. 3 til 4.

Efter bogføringslovens § 12, stk. 2, kan regnskabsmateriale for indeværende og forrige måned opbevares i udlandet, såfremt den bogføringspligtige:

1. sørger for at opbevare materialet i overensstemmelse med bogføringsloven,
2. til enhver tid kan fremskaffe materialet, og
3. opbevarer beskrivelser af benyttede systemer mv. og eventuelle nødvendige adgangskoder mv. i Danmark, således at offentlige myndigheder til enhver tid er i stand til at skaffe sig adgang til materialet, jf. lovens § 15.

Bogføringslovens § 12, stk. 3, indeholder nærmere bestemmelser om opbevaring af bilag for den bogføringspligtiges aktiviteter i udlandet

Endelig fremgår af det lovens § 12, stk. 4, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i særlige tilfælde kan tillade, at bestemmelserne i stk. 1 til 3 helt eller delvist fraviges.

I henhold til bemærkningerne til loven kan dispensation i henhold til § 12, stk. 4, kun meddeles i de særlige tilfælde, hvor formålet med lovens bestemmelser – især hensynet til offentlige myndigheders kontrolmulighed og politiets mulighed for at efterforske – fuldt ud kan tilgodeses på anden måde.

Det fremgår endvidere, at for at kunne meddele dispensation er det forudsat, at såvel Danmark som det aktuelle land tillader, at offentlige myndigheder, herunder fiskale myndigheder og politiet, efter indhentet retskendelse benytter en direkte terminaladgang i samme omfang som den bogføringspligtige selv. Dette forudsættes også, hvor der er adgangsbeskyttelse med passwords, krypteret indhold og lignende.

I henhold til lovbestemmelsens ordlyd og bemærkninger, er det således præciseret, at hensynet til offentlige myndigheders kontrolmulighed og politiets mulighed for at efterforske skal være tilgodeset ved eventuel meddelelse af dispensation.

Klager har i brevet af 27. september 2005 til Erhvervsankenævnet fremhævet, at der fra K ApS' adresse i Skovlunde i Danmark er on-line adgang til selskabets regnskabsmateriale på serveren i Tyskland samt at regnskabsbilagene opbevares i Danmark. Endvidere er det klagers opfattelse at det af forarbejderne til bogføringslovens § 12 fremgår, at kravet om at regnskabsmaterialet skal opbevares i Danmark, ikke betyder, at bogføringen skal ske i Danmark, hvis blot den bogføringspligtige overholder opbevaringskravet til regnskabsmaterialet.

Klager henviser i øvrigt til Erhvervsankenævnets kendelse af 01-88.750 og mener der er afgørende forskel på forholdene for K ApS og denne kendelse, idet der i sagen ikke var on-line adgang til selskabets bogføring samt at det fysiske regnskabsmateriale blev opbevaret i Tyskland.

Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet udtaler imidlertid i brev af 1. marts 2004 og 14. september 2005 at en dispensation til opbevaring af en del af regnskabsmaterialet i Tyskland må antages at kunne have betydning for efterforskningsmulighederne for dansk politi. Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet har lagt vægt på at bl.a. registreringer for K ApS, herunder transaktionssporet, opbevares på en server i Tyskland.

Under henvisning til lovbemærkningerne til bogføringslovens § 12, stk. 4, finder Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, at udtalelsen fra Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet om mulighederne for efterforskning må tillægges afgørende betydning ved styrelsens

afgørelse om dispensation, jf. også Erhvervsankenævnets udtalelse af 2. november 2001 i ankenævnets sag j.nr. 01-88.750.

I sag nr. 01-88.750 fremgik det i øvrigt, at Erhvervsankenævnets udtalelse ville være den samme, såfremt der blev etableret on-line adgang fra Danmark, jf. klagers påstand.

På denne baggrund er det Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, at K ApS ikke opfylder betingelserne for at få dispensation i henhold til bogføringslovens § 12, stk. 4, til opbevaring af en del af regnskabsmaterialet i Tyskland, idet en dispensation forudsætter, at hensynet til offentlige myndigheders kontrolmulighed og politiets muligheder for at efterforske fuldt ud kan tilgodeses på anden måde.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fastholder derfor sin afgørelse, hvorefter K ApS ikke kan få dispensation efter bogføringslovens § 12, stk. 4, til opbevaring af en del af regnskabsmaterialet i Tyskland, idet betingelserne herfor ikke er opfyldt.”

Advokat A er ved skrivelse af 9. november 2005 fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Efter bogføringslovens § 12, stk. 1, skal regnskabsmaterialet opbevares her i landet. Ifølge stk. 2 kan regnskabsmateriale for indeværende og forrige måned dog opbevares i udlandet, såfremt den bogføringspligtige overholder de, i stk. 2, nr. 1 – 3, anførte betingelser. Efter stk. 4, kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i særlige tilfælde tillade, at bestemmelsen i stk. 1 helt eller delvis fraviges.

Af bemærkningerne til den dagældende bogføringslovs § 12, stk. 4, (lovforslag nr. L 63 fremsat den 28. oktober 1998) fremgår blandt andet:

"Efter forslagets stk. 4, 1. pkt. kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen dispensere fra kravene i forslagets stk. 1 - 3. Denne dispensation kan kun meddeles i de særlige tilfælde, hvor formålet med lovens bestemmelser - især hensynet til offentlige myndigheders kontrolmulighed og politiets mulighed for at efterforske - fuldt ud kan tilgodeses på anden måde.

For at kunne meddele dispensation er det forudsat ... at såvel Danmark som det aktuelle land tillader, at offentlige myndigheder, herunder fiskale myndigheder og politiet, efter indhentet retskendelse benytter en direkte terminaladgang i samme omfang som den bogføringspligtige selv."

Af bemærkningerne til den nugældende § 12 i bogføringsloven (lovforslag nr. L 50 fremsat den 16. november 2005, § 2, nr. 3) fremgår blandt andet:

”Siden bestemmelsens ikrafttræden den 1. juli 1999 har administrativ praksis vist, at stort set kun ansøgninger om dispensation til opbevaring af regnskabsmateriale i de nordiske lande er blevet imødekommet.

Den stramme administrative praksis skyldes, at opbevaring af regnskabsmaterialet udenfor de nordiske lande i henhold til oplysninger fra Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet kan medføre efterforskningsmæssige problemer for politiet. Dette enten fordi der ikke er etableret det nødvendige samarbejde med det pågældende land om udveksling af oplysninger og materiale i straffesager, eller fordi det ud fra en konkret vurdering ikke skønnes hensigtsmæssigt, at den pågældende virksomhed opbevarer sit regnskabsmateriale i udlandet.

...

Samtidig bibeholdes den konkrete dispensationsadgang i stk. 4, men kun til ganske særlige situationer, hvor den bogføringspligtige formår at indrette adgangen til regnskabsmaterialet på en sådan måde, at danske myndigheder, herunder specielt told- og skatteforvaltningen, Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet og evt. Finanstilsynet vil kunne acceptere, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen meddeler dispensation.”

Under hensyn til, at bilagsmaterialet opbevares fysisk i Danmark, således at det kun er den digitale dokumentation i form af databaser og sikkerhedsprocedurer mv., der opbevares i Tyskland, og idet det efter det oplyste er muligt uden videre at få adgang til denne dokumentation fra serveren i Danmark, findes der at foreligge en sådan ganske særlig situation, at der efter ankenævnets opfattelse bør meddeles dispensation fra bogføringslovens § 12, stk. 1.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 19. september 2005 ophæves, og sagen hjemvises til styrelsen til fastsættelse af vilkårene for dispensationen.

5. SAGSSTATISTIK

Erhvervsankenævnet har i året 2006 modtaget 106 klagesager. Hertil kommer 41 sager fra tidligere år, som endnu ikke var afsluttede ved årets begyndelse. Af disse i alt 147 sager er der afsagt kendelse i 29 sager. 84 sager er afsluttet på anden måde, heraf 5 ved at den indklagede myndighed omgjorde sin afgørelse under styrelsens behandling i ankenævnet. 34 sager var fortsat under behandling ved årets udgang.

Af de 29 kendelser, der blev afsagt i 2006, var der i 22 tilfælde tale om en stadfæstelse af den påklagede afgørelse. I 6 kendelser ændrede/hjemviste ankenævnet den påklagede afgørelse, og endelig blev 1 klage afvist ved kendelse.

Oplysningerne for 2006 kan specificeres således:

Sagsstatistik 2006:

Uafsluttede sager pr. 1. januar 2006: 41

Indkommet i året: 106

Til behandling i alt: 147

Heraf:

Afvist på grund af manglende gebyr: 63

Afvist af andre grunde: 7

Omgjort af indklagede: 5

Tilbagekaldt af klager: 9

Afsluttet uden kendelse i alt: 84

Afgjort ved kendelse: 29

Afsluttet i alt: 113

Uafsluttede sager pr.

31. december 2006: 34

Kendelsesstatistik 2006:

Ankenævnets kendelser fordeler sig således på de enkelte sagsområder:

Sagsområde	Stadfæstet	Ændret/hjemvist/ ophævet	Afvist	I alt
Anden finansiel virksomhed	1	0	0	1
Forsikring/ Pension	2	0	0	2
Investeringsforeninger	2	1	0	3
Værdipapirhandel	3	0	0	3
Realkredit	0	2	0	2
Forsikringsformidling	0	0	1	1
Aktie- og anpartsselskaber	3	1	0	4
Erhvervsdrivende virksomheder	0	1	0	1
Erhvervsdrivende fonde	1	0	0	1
Årsrapport	10	0	0	10
Bogføringsloven	0	1	0	1
I alt	22	6	1	29